张家山汉简法律思想研究

曾 加 著



商 务 印 书 馆

网址：www.cp.com.cn



张家山汉简法律思想研究

曾加　著

商务印书馆

2008年·北京

图书在版编目(CIP)数据

张家山汉简法律思想研究/曾加著.—北京:商务印书馆,2008

ISBN 978-7-100-05685-4

Ⅰ.张… Ⅱ.曾… Ⅲ.汉律-研究 Ⅳ.D929.34

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第181221号

ZHĀNGJIĀSHĀN HÀNJIĂN FĂLǕ SĪXIĂNG YÁNJIŪ

张家山汉简法律思想研究

曾加 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-05685-4

2008年2月第1版 开本850×1168 1/32

2008年2月北京第1次印刷 印张6⅞

定价:16.00元

目　录

导　　论

一、关于法律思想的界定

何谓法律思想？不同学者对其看法不一。

张国华认为："法律思想有别于法律和法制。……也不等于法理学或法律哲学。……除法理学外，法律思想还可以包括法律的某一部门、某一方面或某一些具体问题带全局性的基本观点或主张。"[①]武树臣在其"法律文化述要"一文中说："法律思想是人们关于法律的见解和评价。它由核心部分和外围部分组成。核心部分是法理学，这是从宏观角度将法律作为一种特殊的社会现象而进行的一种理论评述，它要解决法律的一般理论问题；外围部分是法律意识，这是人们从微观角度对具体法律活动的一种评判。它要解决法律的具体实践问题。"[②]崔

① 张国华：《中国法律思想史新编》，北京大学出版社 1998 年版，第 2 页。

② 武树臣：《武树臣法学文集》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 272 页。

永东则认为:"法律思想是对法律现象的一种系统化、理性化的认识(法律制度往往受到法律思想的影响),……法律思想与法律制度有密切的关系,一般来说,前者对后者起指导作用甚至可以说后者是前者的外化。法律制度是法律文化的表层结构,法律思想是法律文化的深层结构。"①

关于法律思想,笔者认为,它是人们对法律基本原理的观念和认识。这种对法律的观念和认识是一种系统化、理论化的认识。法律思想包含的范围比较广泛,人们在法律实践中的立法思想、执法思想、守法思想均应包括在其中,法律规范中所体现的法律原则、法律观念等也属于其范畴。不同时期的法律思想,反映的人们对法律的基本原理的观念和认识会因为政治、经济等条件的变化而有所差异,也会反映出当时不同集团和阶层所要维护或反对的法律与社会秩序。

为什么说法律思想是关于法律基本原理的观念和认识,而且是一种系统化、理论化的认识呢?首先,法律思想是人们对法律的普遍观念及认识,它不同于法律和法制。"法律和法制,只有掌握国家政权的统治者才能创制,尽管他们也要受包括被统治阶级在内的其他阶级的

① 崔永东:《简帛文献与古代法文化》,湖北教育出版社2003年版,第3页。

制约和影响,并以'国家意志'的代表形式自居。而法律思想不限于统治阶级,被统治阶级也可以有自己的法律思想,但不占统治地位。"[①]其次,法律思想虽然是关于法律基本原理的观念和认识,但又不等同于法理学或法哲学。"所谓'法理'据清末大法学家沈家本的说法,一般指'法律之原理'或法律的基础原理。它是法律思想的核心,但非全部。除法理学外,法律思想还可以包括法律的某一部门、某一方面或某些具体问题带全局性的基本观点或主张。"[②]第三,法律思想产生于一定的政治、经济和历史等条件之下,同时与政治思想、经济思想、哲学以及道德观念等有不同程度的联系。第四,法律思想的研究是和法律制度本身联系在一起的,法律制度一般都受到法律思想的支配和影响,统治者的法律思想对法律制度起指导作用。

法律思想,不仅是法学的研究对象,也是思想史的研究对象之一。从法律制度的研究和探索中提炼其中的法律思想,再现法律中所体现的法律思想的内容,是最基本、最可靠的方法。本书试图从研究张家山汉简的相关内容出发,对其法律思想作一概括论述。

---

① 张国华:《中国法律思想史》,北京大学出版社 1998 年版,第 2 页。

② 同上。

二、研究张简法律思想之必要

1. 张简概述

1983 年 12 月至 1984 年初，湖北省江陵县张家山二四七号墓出土了一批竹简，共计一千二百三十六枚，内容有历谱、《二年律令》、《奏谳书》、《脉书》、《算数书》、《盖庐》、《引书》以及遣册。[①] 学术界以出土地命名为张家山汉简（本书简称张简）。其中的《二年律令》和《奏谳书》对研究中国古代法制史和法律思想有非常重要的价值。2001 年 11 月文物出版社出版的《张家山汉墓竹简（二四七号墓）》一书中，整理小组说明："《二年律令》共有竹简五百二十六枚，简长三十一厘米。简文含二十七种律和一种令，律令之名均与律、令正文分开另简抄写。《二年律令》是全部律令的总称。简文中有优待吕宣王及其亲属的法律条文。吕宣王是吕后于吕后元年（公元前 187 年）赠与其父的谥号，与《二年律令》共存的历谱所记最后年号是吕后二年（公元前 186 年），故推断《二年律令》是吕后二年施行的法律。简文包含了汉律的主要部

① 《张家山汉墓竹简（二四七号墓）》，文物出版社 2001 年版。

分。”[①]“《奏谳书》共有竹简二百二十八枚，简长二十八点六至三十点一厘米，书题写于末简背面。谳是议罪，《奏谳书》是议罪案例的汇编，包含春秋至西汉时期的22个案例。大体上是年代较早的案例排在全书的后部，较晚的案例则排在前部。不少案例是完整的司法文书，是当时的司法诉讼程序和文书格式的具体记录。”[②]

2. 张简的历史背景

(1)政治、经济背景

张简为吕后二年(公元前186年)施行的法律，时值西汉初年。此时，秦已灭亡，统一的封建国家汉已经建立。实际上，早在汉高祖刘邦称帝之初，整个社会就处在动荡不安、人口锐减、经济十分萧条的状态。《史记·高祖功臣侯者年表第六》载：“天下初定，故大城名都散亡，户口可得而数者十二三”[③]；《汉书·食货志》也描述：“民亡盖臧，自天子不能具醇驷，而将相或乘牛车。”[④]为了巩固和发展这个新建立的封建国家，使其不至于重蹈秦亡的覆辙，从汉高祖开始就实行了一系列“休养生息”的政策：“①‘兵皆罢归家’，‘以有功劳行田宅’(《汉书·高

① 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》，文物出版社2001年版，第133页。

② 同上书，第213页。

③ 司马迁：《史记》卷十八，《高祖功臣诸侯年表序》，中华书局1959年版，第877页。

④ 班固：《汉书》卷二十四上，《食货志》，中华书局1962年版，第1127页。

帝纪》)。一般从军归农者免除一定年限徭役,少数得到高级爵位和食邑。②号召流亡人口各归本土,恢复其故爵、田宅。③减轻租、赋、徭役。高祖时规定十五税一,景帝时减为三十税一。……④因饥饿自卖为奴婢的人,一律免为庶人。⑤'开关梁,弛山泽之禁'(《史记·货殖列传》),发展贸易促进物资交流。'休养生息'的政策适应了缓和社会矛盾、恢复发展轻济的需要,是与秦代政治不同的。"[①]

汉代承袭了秦代的皇帝制度,皇帝是一个国家的最高统治者,拥有至高无上的权力和地位,即所谓"天下之事无大小皆决于上"。皇帝掌控着立法、司法、行政、监察、军事、经济等各种权力。

汉初的政府有中央政府与地方政府,中央政府的组织形式基本承袭秦代,即在皇帝之下设"三公九卿"。三公指丞相、太尉、御史大夫。九卿有奉常、太仆、廷尉等。三公九卿处理朝廷的日常事务,大事汇总于丞相,最终由皇帝裁决。"但在汉初,因前有异姓诸侯王后有同姓诸王之割据,中夫政府的权力,并不甚大。"[②]在中央政府之下,还有各级地方政府,其形式也沿袭秦制,采用郡县制

---

① 张岂之:《中国思想史》,西北大学出版社 2003 年版,第 131 页。

② 翦伯赞:《秦汉史》,北京大学出版社 1983 年版,第 281 页。

度,县以下设乡。《汉书·百官公卿表》称:"乡有三老、有秩、啬夫、游徼。三老掌教化,啬夫职听讼,收赋税,游徼徼循禁贼盗。"[1]中央政府与地方各级政府组成层叠式的政治机构,对整个社会和国家进行全面的统治。

皇帝、中央政府、地方政府三部分形成了一套完整的集权型的统治,皇帝是集权的核心,他通过对中央和地方政府的控制,最终达到对整个国家政治、经济等各方面的控制。

(2)法律背景

在法律方面,汉初与秦代推行的政策应当说是基本相同的。虽然《史记·高祖本纪》载:刘邦初入成阳时,与民"约法三章":"杀人者死,伤人及盗抵罪。余悉除去秦法"[2],"但他很快发现,治理一个大帝国,没有严密的法律是不行的",[3]即所谓"三章之法不足以御奸"[4],于是令萧何在秦律的基础上"作律九章"以弥补法律的不足。汉初九章律的具体内容难以考证,对它的认识仅限于史料的零星记载。《晋书·刑法志》载:"汉承秦制,萧何定律,除参夷连坐之罪,增部主见知之条,益事律兴、厩、户

① 班固:《汉书》卷十九上,《百官公卿表》,中华书局1962年版,第742页。
② 司马迁:《史记》卷八,《高祖本纪》,中华书局1959年版,第362页。
② 张岂之:《中国思想史》,西北大学出版社1989年版,第131页。
④ 班固:《汉书》卷二十三,《刑法志》,中华书局1962年版,第1096页。

三篇,合为九篇。"[①]《唐律疏议》载:"周衰刑重,战国异制,魏文侯师于里悝,集诸国刑典,造《法经》六篇。一盗法,二贼法,三囚法,四捕法,五杂法,六具法。商鞅传授,改法为律。汉相萧何,更加悝所造户兴厩三篇,谓九章之律。"[②]

除了律之外,汉初的法律形式还有"令"、"科"、"比"。"令",《汉书·宣帝纪》:"文颖曰,天子诏所增损不在律上者为令。"[③]科,《释名》:"科,课也,课其不如法者罪责之也。"(《释名》)"比",《礼记·王制》:"已行故事曰比。"《汉书·刑法志》引高祖七年诏:"廷尉所不能决,谨具为奏,傅所当比律令以闻。"[④]汉初的统治者通过案件的审理机关,运用这四种法律形式处理案件。

关于案件的审理机关,在中央是以廷尉为中心的审判机构,廷尉是主管全国审判活动的官员,在郡县以下的地方,地方行改长官审理当地的案件,地方官衙兼为审判机构。皇帝是最高的审判官,掌握着最高审判权,有时直接审理并复核一些重大案件。[⑤] 关于汉初案件的审级,见《汉书·刑法志》载汉高祖七年(公元前 200 年)的诏

① 房玄龄:《晋书》卷三十,《刑法志》,中华书局 1974 年版,第 922 页。
② 长孙无忌:《唐律疏议》,中华书局 1983 年版,第 2 页。
③ 班固:《汉书》卷八,《宣帝纪》,中华书局 1962 年版,第 253 页。
④ 班固:《汉书》卷二十三,《刑法志》,中华书局 1962 年版,第 1106 页。
⑤ 程维荣:《中国审判制度史》,上海教育出版社 2001 年版,第 32—35 页。

令:"自今以来,县道官狱疑者,各谳所属二千石官,二千石官以其罪名当报。所不能决者,皆移廷尉,廷尉亦当报之。"[①]"据此,汉代以县、郡、廷尉和皇帝四个审级。从理论上说,汉代实行四级四审制,可以一直上诉到皇帝。"[②]

3. 张简法律思想的研究情况

由于张简中的《二年律令》和《奏谳书》涉及两汉初期的律令和司法诉讼,使亡佚的汉律的内容得以重现。有关张简法律制度的研究近年来出现了热潮。相比之下,关于张简法律思想的研究却少得多,没有出现像研究《二年律令》及《奏谳书》中涉及的法律制度那样有大量的著述和论文出现。

比如,对张简法律制度的研究,李学勤、高敏、李均明、徐世虹和崔永东等学者都发表过论文和专著。详细研究情况沈颂金在其《二十世纪简帛学研究》中的"张家山汉墓简牍研究述评"一文里进行了综述。[③]

令人遗憾的是,对张简法律思想的研究基本上没有展开。我国目前虽然有一些通史性的中国思想史方面的著作涉及汉代法律思想的内容,如杨鸿烈著《中国法律思想史》(商务印书馆),张国华、饶鑫贤主编的《中国法

① 班固:《汉书》卷二十三,《刑法志》,中华书局1962年版,第1106页。

② 程维荣:《中国审判制度史》,上海教育出版社2001年版,第35页。

③ 沈颂金:《二十世纪简帛学研究》,学苑出版社2003年版,第616页。

律思想史纲》上、下册（甘肃人民出版社），张国华著《中国法律思想史新编》（北京大学出版社），杨鹤皋著《中国古代法律思想论集》（中国政法大学出版社），崔永东主编的《中国法律思想史》，范忠信著《中国法律传统的基本精神》（山东大学出版社）等，但是，除了崔永东主编的教材《中国法律思想史》中有一小节涉及张简法律思想的内容外，其他通史性的思想史著作均无论述。

就目前对张简法律思想的实际研究状况看，只有中国政法大学的崔永东对这方面一直比较关注，在其所著的《简帛文献与古代法文化》[1]以及《中国法律思想史》[2]中，对张简的法律思想有一些论述，另外，他还发表了“张家山汉简中的法律思想”[3]一文，专门对张简中的“法律的儒家化”和官吏惩治问题进行了探讨。在我国港、台地区及日本，对张简的法律思想研究也没有展开，相关的论文和著作非常少见。

在崔永东主编的教材《中国法律思想史》中，用了一小节篇幅，从“张家山汉简中反映的儒家维护伦理价值的法律”、“张家山汉简中反映的法家严于治吏与严刑重罚的法律思想”以及“汉简《二年律令》对传统法律原则

① 崔永东：《简帛文献与古代法文化》，湖北教育出版社2003年版。
② 崔永东：《中国法律思想史》，北京大学出版社2004年版。
③ 详见《法学研究》，2003年第5期。

的继承”三个方面,对张简的法律思想进行了简单论述。在其《简帛文献与古代法文化》一书第一章的第五个问题中,论述了“张家山汉简中的法律制度与法律思想”,主要对《二年律令》中的《贼律》、《盗律》的法律制度和法律思想进行了概括论述,同时对《盖庐》中的法律思想作了研究,并涉及《奏谳书》等内容。另外,崔永东还专门撰有“张家山汉简中的法律思想”一文,但也只是从“儒家维护伦理价值的法律思想”和“法家严于治吏与严刑重罚的法律思想”两方面论述张简的法律思想,内容与其《中国法律思想史》中专门论述张简的法律思想的一小节内容基本相同。除了崔永东专门论述过张简的部分法律思想外,国内外有关张简法律思想的论述几不甚见。上述崔永东对张简中部分法律思想的研究,主要集中在以下三个方面:第一,儒家维护伦理价值的法律思想。体现在对孝的伦理价值,对尊老爱幼的道德,对家庭伦理如“亲属相隐”、父权维护等。第二,法家严于治吏与严刑重罚的法律思想。在治吏方面,集中反映“明主治吏不治民”思想,如对司法腐败的矫治,对官吏选任中腐败行为的惩治等;在重刑主义思想方面,反映为多种多样的酷刑、广泛的连坐等。第三,结合个别唐律条款,通过对《二年律令》中的《贼律》和《盗律》中一些法律制度的分析,认为其中反映了儒家的惩治不孝、维护父权等家

庭伦理维护的思想等。

崔永东研究张简中一些法律思想时的特点之一，就是将法律制度与法律思想结合起来并试图探究它们之间的联系，而且崔永东称："学界自觉用此方法研究出土文献者尚属少见。"①

另一方面，崔永东是从儒家思想和法家思想在张简中是否有所体现来分析和探讨简文中的法律规定。实际上，张家山汉简中的《二年律令》和《奏谳书》包含有丰富的法律思想，涉及刑事、行政、经济、婚姻、家庭以及诉讼程序等各个方面，这些法律思想是否能够全部归入法家或儒家思想是应当考虑的问题。如同分析法律是否有阶级性的问题一样，我们不一定非要把法律或法律思想归入某一个范畴，似乎只有这样才符合当时的社会条件和发展轨迹。其次，崔永来在分析张简中的法律思想时，实际上除了对《贼律》和《盗律》中的一些罪名有过相对系统的分析外，很少对其他的律或令单独进行过综合、探入的分析，因此也难以对张简的法律思想进行系统总结和全面分析，在论述中，常取一些律令中的个别简文的内容就归纳出张简是儒家或法家的思想的体现。再者，他对张简的法律思想进行分析研究时，很少对比与张简有强

---

①　崔永东：《简帛文献与古代法文化》，湖北教育出版社2003年版。

烈承袭关系的睡虎地秦简(以下简称"睡简"),以及受秦、汉律影响的唐律的内容,使人难以了解某种法律思想的发展脉络和传承。

综上,对于张简法律思想的研究目前处在一种起步阶段,没有进人对其进行真正全面和比较深入的研究和探讨的状况。基于此,加之黄留珠先生于 2003 年至 2004 年在西北大学开办的"张家山汉简研读班"的影响,在张岂之先生和黄留珠先生的支持和悉心指导下,笔者拟就张简的法律思想进行比较系统和深入的研究,试图弥补学术的某种失衡。

4. 张简法律思想研究的意义和价值

张简法律思想的研究对中国法律思想史研究具有重大意义。

首先,它再现了汉初法律思想的概貌,填补了汉代法律思想研究的空白。对于汉代的法律思想,由于《史记》、《汉书》、《晋书》等文献的直接或间接反映,故多少有所了解。而汉代法律思想的实际状况,因为不了解汉代法律制度的具体内容,许多方面的研究或有失偏颇,或不得面知。张简的发现,使我们可以通过大量的法律条文了解汉代法律思想的许多内容,涉及君权法律思想、家族法律思想、诉讼法律思想、农业生产法律思想等等。

其次,给秦汉法律思想史的研究以重大的启示。历

来认为，秦以法家的法律思想为主，主张“法治”、“事统上法”、“严刑峻法”等。汉初则以黄老法律思想为指导，强调“约法省刑”、“刑不厌轻”等，后来又发展到以儒为主的儒法合流、礼法统一，形成了以“三纲”为立法指导原则的封建正统法律思想。但是，汉初的法律思想是如何从秦代的“法治”、“严刑峻法”的法家思想很快就转变成“约法省刑”、“刑不厌轻”等的黄老思想的呢？虽然有政治、经济各方面的原因可以对此转变加以说明，可是我们知道，任何一种思想，包括法律思想，在其发展、存续过程中都有一定惯性，不可能在某一天或某一两年突然消失或转变，更何况秦、汉在制度上有承袭性即所谓“汉承秦制”，为什么法律思想就转变得如此之快呢？所以说，汉初的黄老法律思想占统治地位的认识是值得重新思考的。《汉书·刑法志》所载：“其后四夷未附，兵革未息，三章之法不足以御奸，于是相国萧何捃摭秦法，取其宜于时者，作律九章。”[①]对汉初法律思想的影响到底是什么，这种影响有多大，并来引起中国法律思想研究领域的足够重视。张简的发现，其所反映的法律思想，对我们研究汉初的法律思想及当初法律思想较秦代是否有所转变提供了重要内容，张简所反映的法律制度与秦简的承袭关

① 班固：《汉书》卷二十三，《刑法志》，中华书局1962年版，第1096页。

系也对秦汉法律思想史的研究以重大启示。

第三,对研究中国古代的诉讼法律思想提供了重要的依据和内容。张简对中国古代的法律思想的研究,尤其是汉代诉讼法律思想的研究,提供了比较系统和丰富的材料。《具律》和《奏谳书》中有关诉讼的法律制度,对了解汉初的诉讼法律思想具有非常重要的参考价值。

三、研究方法与新观点

对张简的法律思想进行探讨和研究首先遇到的是研究方法问题。综观以往研究法律思想的方法,多以某种问题的性质为中心进行讨论,即将问题的性质分类排比,把学派或法律中体现的有关思想纳入其中,围绕该问题,结合整个历史的发展和演进状况进行专门论述。在早期中国法律思想史的著作中,杨鸿烈所著《中国法律思想史》一书中采用过此方法。"文化大革命"以后,张国华、饶鑫贤主编的《中国法律思想史》,张国华著《中国法律思想史新编》以及崔永东著《中国法律思想史》也都部分地采用了此方法。这种方法的优点在于对某一具体的问题来讲,集中了大量史料分析,使该问题的历史发展脉络较为清晰,容易找出某个问题的原委和规律。虽然许多学者认为自己的研究方法与其他学者有所不同,但从实

质上看,都属于"问题研究法",同时他们在研究中再加之以"时代研究法",即某个时期应当属于什么时代如"法家时代"、"儒家独霸的时代"等。笔者认为,研究法律思想,上述"问题研究法"结合"时代研究法"虽然不可缺少,但是,动辄就将某种法律思想归入某一学派如"法家"或"儒家"思想是欠妥的,因为有些法律思想如累犯从重、自首减刑等等,是无法将其纳入某个学派的法律思想的。崔永东所注重的法律思想与法律制度相结合、注意探寻法律制度背后法律思想的研究方法,对笔者在考虑以何种方法探究张简法律思想有很大的启发。张简中的《二年律令》是汉代法律的摘抄,对其研究采用问题性质归类虽然可行,但是这些地下出土的文献资料是否可以很快定性并归入某类性质的问题值得考虑。

所以,注意探讨法律制度本身的法律思想,从法律制度的分析归纳出其法律思想的内容,对研究张简中的法律思想是比较可行的。因此,本书对张简法律思想进行分析时,首先并主要采用了这种方法,通过对张简一些法律制度的分析、考证来探究相关的法律思想。其优点是清晰明了,不需要硬将其归入某个学派或范畴,易于了解立法的本意和法律制度所体现法律思想的真实内容;缺点是:它只是对单个问题的研究,不易了解其与中国法律思想史的总体联系以及与各种法律思想的关联,同时,对

某种法律思想的发展脉络也难以探寻。加之出土的简文不仅有一定的缺失，内容也不完整，正如李学勤所述："睡虎地的《秦律十八种》与张家山的《二年律令》，其实都是当时行用律令的摘抄，由于吏的需要不同，所摘抄的范围也就不一样了。"[①]所以，这就决定了对张简的有关法律思想进行分析研究过程中，还要运用以下研究方法：第一，比较研究法。对比出土的秦简中秦律的相关内容，力图完整地恢复汉律内容原貌。实际上，在对比出土的秦、汉简法律原文时可以发现，无论是睡简中的秦律，还是张简中的《二年律令》内容都有缺失，而且很不完整，但是，如果把律名相同的"律"相互比较或"补定"，就容易了解这个"律"的基本内容的原则和思想。同时，再继续将它们与唐律的有关内容相比较，从其发展过程可以对一些"律"的原貌加以复原。这个过程，也对研究其法律原则和法律思想的承袭提供了重要的帮助。第二，"二重证据法"。这种方法是王国维在研究甲骨、金文、敦煌文书过程中逐步形成，并在1925年清华研究院向学生授课时明确提出的。王国维认为，考证和研究古史必须做到利用遗留的古籍如《诗》、《书》、《礼》、《易》、《春秋》、《左传》及先秦诸于和《史记》等，与地下发掘的新材

① 李学勤：《简帛佚籍与学术史》，江西教育出版社2001年版，第195页。

料(简牍、金文、甲骨)相互印证,他提出:“吾辈生于今日,幸于纸上之材料外,更得地下之新材料,由此种材料,我辈因得以补正纸上之材料,亦得证明古书之某部分金为实录,即为家不雅驯之言,亦不无表示一面之事实。此二重证据法,惟在今日始得为之,虽古书之未得证明者,不能加以否定,而其已得证明者,不能不加以肯定,可断言也。”[①]对张简法律思想的研究应当在此基础上进行。

解决了研究方法问题,那么对张简的哪些重点问题进行研究呢?我们知道,张简所反映的法律制度,基本上为秦汉时期法律的内容(以汉律为主)。秦汉时期是中国古代社会向中国封建社会的过渡时期,正如侯外庐先生《中国思想通史》第二卷中所述:“我们把中国中世纪封建社会化的过程划在战国末以至秦汉之际,这不是说秦统一六国以前没有封建因素,更不是说秦代便把封建制完成了。远自秦孝公商鞅变法所谓废井田开阡陌,在奴隶制的发展情况之下就有封建因素的萌芽,至秦始皇二十六年所谓并一海内、一统皆为郡县(公元前 221 年),中国古代社会的经济构成(formation 一般译作‘形态’)正被封建制社会的经济构成所代替,经过汉初的一

① 王国维:《古史新证——王国维的最后讲义》,清华大学出版社 1994 年版,第 2 页。

系列的法制形式,如叔孙通制礼,萧何立法,张苍章程等,到了汉武帝的'法度',封建构成才典型地完成,即封建生产方式,在古旧诸制度依然同时存在之下,作为主导倾向而统驭了社会全性质。我们必须从秦汉社会的诸编制实事求是地具体说明其中的特征。"[1]在上述转变过程中,中国历史上第一次变法运动已经结束[2],虽然这场变法运动的性质是改良的,但是,到了秦汉时期,封建的土地所有制形式已经形成并法典化,中国封建社会的生产方式的广泛基础——农业和家庭手工业已经形成,[3]封建制的法典化也趋于完成。在睡简和张简等反映秦汉法律制度的简帛出土之前,对封建制的法典化只能从史料中加以研究或推测。竹简法律的出现,为研究封建制度的法典提供了比较直接的和详细的材料,也为研究这个时期的法律思想提供了必要的条件。

---

① 侯外庐等:《中国思想通史》第二卷,人民出版社 1957 年版,第 3 页。

② 侯外庐先生在《中国古代社会史论》中论述:"中国历史上曾经产生过三次有名的变化运动。第一次是战国时代的变法,它是彻头彻尾的古代变法运动,它和希腊的梭伦立法不同的地方,在于前者是改良的,后者是革命的。第二次是宋代的王安石新政,它是中古社会非身份性的庶族地主阶级的改革运动,这个阶级介于皇族地主和豪族地主的矛盾之间,揭露了封建的腐朽情况,而适应经济的发展以从事改良。最后一次是清末康梁宫庭维新的戊戌政变,它是近代自由主义的改良运动,这是在世界的自由资产阶级到了末路的十九世纪末叶的时期,企图仿效俄国的大彼得和日本的明治路线,来在中国进行资产阶级的改良运动。"侯外庐:《中国古代社会史论》,河北教育出版社 2003 年版,第 286 页。

③ 参见侯外庐等:《中国思想通史》第二卷第一章的第一节、第三节。侯外庐等:《中国思想通史》第二卷,人民出版社 1957 年版。

所以，对张简的法律思想进行探究时，本书首先从《二年律令》维护君权这一问题的分析出发，试图找寻当时立法者在对这个封建法典进行立法时宏观的、整体的思路及其法律思想的特点。其次，对于当时社会存在的基础——经济方面的法律制度——主要体现为土地方面的法律制度进行分析，总结其反映的法律思想，最后，对构成当时社会存在的最基本的社会组织——家族方面的法律思想进行分析研究。力求通过君权、经济和家族关系三个方面的法律思想的研究，使人们对张简的法律思想有一个概括的了解。

针对前述张简法律思想的研究现状，依据上述的方法论，作者拟在张面法律思想研究的以下几个方面有所创新：

第一，通过对简文中法律制度本身的研究，结合文献并对比秦律、唐律总结其法律思想。以往对汉代法律思想的研究，基本以历代的文献为主，从这些文献中总结汉律的思想；张简发现后，绝大部分对汉代法律思想研究的书籍仍用此方法。虽然有了以张面为基础、注重法律思想与法律制度结合的研究方法来探讨张简的法律思想，但这种方法的采用者一般是先将法律制度所体现的法律思想归人某类性质的思想如儒家或法家思想，再进行分析。笔者认为这有失偏颇。法律制度本身的形成有多方

面原因,其所体现的法律思想也会反映不同的问题,它是否归属于某种性质的思想范畴,是一个非常复杂的问题,需要经过大量的研究和慎重的思考,简单的归类很难使我们了解其法律思想的本质,所以,虽然都从法律制度方面以法律制度为基础研究法律思想,但在实质上是两种不同的方法。

同时,全面对比睡简和唐律相关法律规定的内容,分析不同时代法律规定的异同,了解某种法律思想本身的真正内容以及这种法律思想的传承状况;"汉承秦制"为学者所公认,但这种公认,基本是以文献为基础的。本书通过对比秦睡简、汉张简以及唐律,认为,不仅在法律制度方面是汉承秦制,唐律又受秦、汉法律的影响,在法律思想上,秦、汉、唐也有着明显的继承性,在许多方面他们是一脉相承的。

第二,对张简所体现的诉讼法律思想进行研究,以弥补以前对仅律中诉讼法律思想没有系统和全面论述的缺憾。在中国法律思想史的研究上,一直存在着对诉讼程序法律思想研讨的不足,历来公认:中国古代的法律是诸法合体、民刑不分,而且法律规定以刑为主。但实际上,这是中国古代法律实体法方面的特点,从对《二年律令》中《具律》的分析,笔者认为,中国古代,起码在汉代,在法律的分类方面就有了注重区分实体法律与程序法律的

思想。张简的《具律》则是关于诉讼程序的专门的法律规定，它体现了一系列的有关诉讼程序方面的法律思想，比如严格规定受理案件及审理案件的权限等，许多思想是继承了秦律的有关思想内容，并对其进行了发展和充实，而这些法律思想，对唐律的影响也相当深刻。

第三，从农业制度、家族制度、君权制度等几个方面深入和系统分析张简所体现的法律思想，这也是以前对张简法律思想研究中所缺乏的。如本书前述，此前对张简法律思想的研究，只对其个别简文进行评述，然后将其归入法家或儒家思想的大类，最后得出"张简的法律思想是什么"的结论，对一些专门性的问题如土地管理、家族、继承等方而法律思想很少涉及，深入和系统的专门研究基本上没有展开。笔者力图打破以往在张简法律思想研究中看似面广但实际涉及的问题很少、深度不够的实际状况，重点放在贯穿中国封建社会的关键性问题——维护君权、封建土地制度和家族制度方面，对其中的法律思想进行研究，试图使读者了解张简法律思想的概况。

第四，开始了对《奏谳书》中法律思想的研究。《奏谳书》是一部案例汇编。以前对《奏谳书》的研究基本是法律制度和个别法律原则的分析，未见专门的有关《奏谳书》法律思想的探讨，本书试图通过对《奏谳书》的一些初步分析，对其所反映的诉讼等方面的法律思想进行

比较深入的探讨,从而了解汉代法律思想的一些特征。

第五,通过对《二年律令》的律、令名称和刑罚名称以及其他相关法律制度、法律思想的分析,扭转那种认为汉初法律思想是以黄老为主的传统观念。张简体现的法律思想,与“约法省刑”、“清静无为”是格格不入的,根本反映不出也没有什么地方能体现黄老的思想,所以,中国法律思想史研究中的一个传统观念,即汉初提倡黄老学说、黄老思想风靡一时的看法应当转变,起码在汉初的吕后二年前后,法律中是体现不出所谓黄老思想的。值得注意的是,《二年律令》中所反映的法律思想基本与秦律中的法律思想相同,一些严厉的刑罚思想甚至比秦律有过之而无不及。这个研究结论,也是笔者在对张简的法律思想进行分析研究之前所没有想到的。

可以说,通过张简中的法律制度研究其法律思想,能够使我们得出一些结论,这些结论,与以前通过文献研究汉代法律思想而得出的结论在许多方面是完全不同的。本书只是对张简法律思想研究的初步尝试。笔者相信,随看对张简法律思想研究的进一步展开和逐步深入,张简中所包含的丰富的法律思想会更加系统和全而地呈现出来,这不仅为研究汉代的法律思想提供了重要的参考,也对研究中国法律思想史具有重要的作用。

张简的法律制度与法律思想,基本包含在《二年律

令》与《奏谳书》中,本书以《二年律令》和《奏谳书》的内容为主,结合睡简、《唐律疏议》以及有关文献记载,分析和探讨张简中的法律思想。书中张简的引文及所注张简编号,均据文物出版社 2001 年版的《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》一书。如无特别需要,则不再一一注明。

第一章　张简中的君权法律思想

汉代承袭了秦朝的中央集权制,在这种制度下,皇帝集各种权力于一身,他是最高的立法者和裁判者。维护君权不仅是法律的目的之一,也成为中央集权制度下法律思想的重要内容。张简《二年律令》中的相关规定,把维护君权的法律思想充分地表现出来。

一、以“繁法”维护统治

法律的繁简与疏密,可以反映出立法者对法律的重视程度以及法律制度本身的概况,同时也能反映出立法者一定的立法意图和法律思想。通过下面分析《二年律令》的律令名称及其所反映的法律思想的特点能够了解:当时的统治者力图通过“繁法”来维护其政权和统治地位,“繁法”是其法律思想的重要特点之一。

《二年律令》共有律二十七种,令一种。律是法律规范的名称,秦孝公三年(公元前 359 年)商鞅变法,以李

悝的《法经》为蓝本,改法为律,有盗律、贼律、囚律、捕律、杂律、具律等。从此至清末,中国古代的法律规范均用"律"这一名称。令,《汉书·宣帝纪》称"天子诏所增损,不在律上者为令"[1],是当时统治者对"律"的修改或补充,汉时的令极为繁多。《二年律令》的律令,分别是《贼律》、《盗律》、《具律》、《告律》、《捕律》、《亡律》、《收律》、《杂律》、《钱律》、《置吏律》、《均输律》、《传食律》、《田律》、《□市律》、《行书律》、《复律》、《赐律》、《户律》、《效律》、《传律》、《置后律》、《爵律》、《兴律》、《徭律》、《金布律》、《秩律》、《史律》和《津关令》。同睡简中的《秦律十八种》对比,律名相同的有《置吏律》、《传食律》、《田律》、《行书律》、《效律》、《徭律》、《金布律》七种。同睡简中的《秦律杂抄》所涉及的律名对比,有《传律》的名称是相同的。唐律中的律名与汉律的名称大不相同,虽然《唐律疏议》中与《二年律令》律名基本相同的只有《贼盗律》和《杂律》,但是许多内容却沿袭了秦律和汉律内容,这在本书后面的论述中会专门损及。下面,将《二年律令》中的二十八种律、令名逐一考证,希望从其历史沿革看法律制度和原则发展的变化,并从中分析其法律思想的特点。

---

① 班固:《汉书》卷八,《宣帝纪》,中华书局 1962 年版,第 253 页。

《贼律》,程树德在《九朝律考・汉律考》的《律名考》中,对《贼律》作了比较详细的考证,他认为《贼律》是汉《九章律》中的一篇,并考证:"按《寄簃文存》云,贼盗二字,义本不同,故《法经》分为二篇。《左氏》文十八年《传》,周公作誓命曰,毁则为贼,窃贿为盗……盗法贼法,李悝本为二事,汉律因之。盗则盗窃劫略之类,贼则叛逆杀伤之类。魏于盗律内分劫略律,晋无劫略,则仍入盗律,梁为盗劫律,贼律则曰贼叛律。北齐始合二律为一,曰贼盗。周隋时合时分,唐复合而为一,故叛逆杀伤诸事,皆在其中。元于贼盗外别立杀伤之目,明又改为人命,盖大失古律之本义矣。"[①]这一段对《贼律》的内容及名称的历史沿革进行了分析,实际上,律名的分合与统治者的实际需要紧密相联系,无论以什么名目给法律冠名,目的都是维护其统治。《贼律》一名及相关内容,为历代统治者所重视。汉初的《贼律》,不过是对前代法律的继承。《晋书・刑法志》载:"悝撰次诸国法,著《法经》。以为王者之改,莫急于盗贼,故其律始于盗贼。"又有"汉承秦制,萧何定律,除参夷连坐之罪,增部主见知之条,益事律兴、厩、户三篇,合为九篇"[②]。至于这九篇的内容,《唐

---

① 程树德:《九朝律考》,中华书局 2002 年版,第 15—16 页。

② 房玄龄等:《晋书》卷三十,《刑法志》,中华书局 1974 年版,第 922 页。

律疏议》陈述:"周衰刑重,战国异制,魏文侯师于里悝,集诸国刑典,造《法经》六篇。一盗法,二贼法,三囚法,四捕法,五杂法,六具法。商鞅传授,改法为律。汉相萧何,更加悝所造户兴厩三篇,谓九章之律。"[①]

虽然史书中对《贼律》的篇名作了多次记载,但自古至今,学界始终无法知晓其法律规范的详细内容,睡简的出土,使我们对秦律的内容有了较详细的了解,但是却无《贼律》,《二年律令》中的《贼律》印证了两千多年来对《贼律》的记载,就内容而言,《二年律令》中《贼律》的内容除了《晋书·刑法志》载:"贼律有欺漫、诈伪、踰封、矫制……"[②]外,还涉及抢劫、伤害以及杀人等。《唐律疏议》中有《贼盗律》等篇,内容基本与《二年律令》中的《贼律》、《盗律》同。

《盗律》名称的渊源与《贼律》的渊源大致相同,前面已经作了论述。就其主要内容而言,不仅涉及《晋书·刑法志》中所述:"盗律有劫略、恐猲和买卖人"[③],还包括盗窃、贿赂以及伤害等。《二年律令》中的《盗律》,也应当是对秦律的沿袭,正如李学勤所述:"盗律的规定也很复杂。有的和秦律一样,以所盗价值作为量刑标准。其

---

① 长孙无忌:《唐律疏议》,中华书局1983年版,第2页。

② 房玄龄等:《晋书》卷三十,《刑法志》,中华书局1974年版,第924页。

③ 同上。

钱数仍为十一的倍数,显然是沿用秦律。"[①]

《具律》在《二年律令》中列第三,内容主要涉及定罪量刑的一些规定。睡虎地秦简中没有《具律》的名称,但是许多学者认为,在其《法律问答》中有《具律》的条款。[②③] 关于《具律》一名,程树德在其《九朝律考》中考证,《具律》一名始于李悝的《法经》。程树德先摘录了《晋书·刑法志》的内容:"魏新律序略云,旧律因秦《法经》,就增三篇,而具律不移,因在第六,罪条例既不在始,又不在终,非篇章之义。"[④]后又摘录了《唐律疏议》的有关陈述:"魏改汉具律为刑名第一,晋于魏刑名律中分为法例律,宋齐梁及后魏因而不变,爰至北齐,并刑名法例为名例,后周复为刑名,隋因北齐更为名例,唐因于隋。"[⑤]这两段内容,不仅说明《具律》作为法律篇名的时间,也阐述了唐代以前《具律》名称的发展。到唐《具律》名为《名例》,在《唐律疏议》中,《名例》为各篇之首。内容也与汉代《具律》范围大致相同。

《告律》在睡简中未见,程树德的《九朝律考》中也未作考证。但是,在魏、晋、南北朝的律中都有《告劾》的篇

---

① 李学勤:《简帛佚籍与学术史》,江西教育出版社2001年版,第195页。

② 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第91页。

③ 彭浩:"秦《户律》与《具律》考",《简帛研究》第一辑,法律出版社1993年版。

④ 程树德:《九朝律考》,中华书局2002年版,第17页。

⑤ 同上。

名，隋朝的《开皇律》中没有类似篇名。在唐朝，《大业律》中虽有《告劾》的篇名，在《唐律疏议》中却无《告律》篇或《告劾》篇。[①] 至于《告律》的内容，史书中没有详细记载，除了《二年律令》出土的《告律》外，此前一直无法考证。李学勤认为："（《二年律令》的）告律与具律有一定联系，是关于告人的专门规定。"[②]

《捕律》一名，有："悝撰次诸国法，著《法经》。以为王者之政，莫急于盗贼，故其律始于《盗》《贼》。盗贼须劾捕，故著《网》《捕》二篇。"[③]在《唐律疏议·捕亡律》载："捕亡律者，魏文侯之时，里悝制《法经》六篇，捕法第四。至后魏，名捕亡律，北齐名捕断律，后周名逃捕律。隋复名捕亡律。"[④]《唐律疏议》中也有《捕亡律》。由此可见《捕律》一名的发展过程。关于《二年律令》中《捕律》的主要内容，如李学勤所述："捕律说明捕得轻重罪人的各等奖金，以及追捕罪人的组织方式、奖惩办法。"[⑤]睡简中没有《捕律》。

《亡律》，睡简中未见，在汉朝以后的立法中也没有单独的名称。从本书对《捕律》名称的考证可知，从汉以

---

① 刘俊文：《唐律疏议笺解》，中华书局 1996 年版，第 6—10 页。
② 李学勤：《简帛佚籍与学术史》，江西教育出版社 2001 年版，第 196 页。
③ 房玄龄等：《晋书》，中华书局 1974 年版，第 922 页。
④ 长孙无忌：《唐律疏议》，中华书局 1983 年版，第 525 页。
⑤ 李学勤：《简帛佚籍与学术史》，江西教育出版社 2001 年版，第 196 页。

后,《亡律》的名称一直和《捕律》在一起,被称为《捕亡律》。但是在《二年律令》中,它却单独作为一个律名出现,内容主要是关于严禁逃亡和对逃亡进行严厉惩处的。

《收律》,睡简中无此律名,汉朝以前以及汉朝至唐朝的法律中也均未见此律名。而《收律》的内容,主要是对罪犯妻子和田宅的没收。

《杂律》,《晋书·刑法志》载:"悝撰次诸国法,著《法经》……其轻狡、越城、博戏、借假不廉、淫侈、踰制以为杂律一篇。"[①]程树德在《九朝律考》中摘录了《唐律疏议》的论述:"李悝首制《法经》,而有杂法之目,递相祖习,多历年所,然至后周更名杂犯律,隋又去犯,还为杂律。"[②]《二年律令》中的《杂律》内容基本与《晋书·刑法志》所述的内容相同。而《唐律疏议》中也有《杂律》篇,其内容涉及而更广,基本上是唐律中的其他篇章难以包容的各类犯罪及处罚。睡简中也没有《杂律》的律名,使《二年律令》成为唯一出土的有关《杂律》的竹简资料。

《钱律》,睡简中无此律名,《唐律疏议》中也没有《钱律》的篇名。程树德在《九朝律考》中考证了文献对《钱律》的记载:"钱律(见《史记·将相名臣表》)五年、除盗

---

① 房玄龄等:《晋书》,中华书局1974年版,第922页。

② 程树德:《九朝律考》,中华书局2002年版,第17页。

铸钱令。(《文帝纪》)六年、定铸钱伪黄金弃市律。(《景帝纪》)"[1]关于《钱律》的内容,主要是对私铸钱币的行为进行惩罚,与《金布律》的内容完全不同,是一个完全独立的部分。

《置吏律》的名称,可见于睡简的《秦律十八种》。整理小组注:"置吏律,关于任用官吏的法律。"[2]《二年律令》中《置吏律》主要是关于官吏的任用、管理的。在汉代以后的法律中再未出现此律名。从晋开始,设《违制律》,隋改《违制》为《职制》。[3] 唐律沿用此名,有专门的《职制律》,内容主要是有关官吏执行职务时各种犯罪的规定。《唐律疏议》"职制律者,起自于晋,名为违制律"[4]的观点,实际上已经被睡虎地秦简和张简的出土所否定。睡虎地秦简的《秦律十八种》中已经有关于司空职务的《司空律》,关于官吏任用的《置吏律》,关于内史职务的《内史杂律》和关于廷尉制度的《尉律》等;张简的《二年律令》中也有关于官吏任用的《置吏律》,关于官员职官制度的《秩律》等。

《均输律》只有一条,内容残缺,无法考证。其律名

---

① 程树德:《九朝律考》,中华书局2002年版,第21页。
② 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第56页。
③ 刘俊文:《唐律疏议笺解》,中华书局1996年版,第689页。
④ 长孙无忌:《唐律疏议》,中华书局1983年版,第182页。

也未见于睡简。唐律中无此律名。

《传食律》的名称，也可见于睡简的《秦律十八种》。睡简整理小组的解释："传食律，关于释传供给饭食的法律规定。"[①]唐律中虽无《传食律》一名，但《唐律疏议》的《杂律》、《诈伪律》、《职制律》和唐代的《厩牧令》中，都有与《传食律》内容基本相同的规定。

《田律》一名，也可见于睡简的《秦律十八种》中。按照睡简整理小组的解释："田律，律名，汉代有田律，《周礼·士师》注：'野有田律。'又《大司马》注：'无干车，无自后射。'疏：'此据汉田律而言。'其内容是关于田猎的规定。这里简文的田律，主要是关于农田生产的律文。"[②]1979年，四川省青川郝家坪50号墓出土的"青川木牍"，"木牍的正面是秦武王二年（前309年）颁布的，由丞相甘茂修订的《为田律》，……文字记录了秦统一前田制变化的历史及整治田亩的具体规定。……青川木牍对研究古代土地制度和社会经济具有重要意义。"[③]《二年律令》中《田律》也是关于农田生产的律文，与睡简中《田律》的内容相比较更加丰富和具体。

1973年出土的山东临沂银雀山汉墓竹简中有《守法

---

① 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1990年版，第60页。

② 同上书，第19页。

③ 马今洪：《简帛发现与研究》，上海书店出版社2002年版，第89—90页。

守令等十三篇》。《田法》是其中一篇。李学勤的看法是："……我们最好还是把它作为齐国一个学派的著作来看待。"[1]可见它不是关于农田生产的法律。

唐律中没有《田律》篇名，有关农田、土地管理等方面的规定在《户婚律》等篇中。

《□市律》内容不多，只有四枚简，主要是关于市场管理和税收的法律。《二年律令》中的《□市律》与睡虎地秦篇《秦律十八种》中的《关市》不同，睡简整理小组注释："关市，官名，见《韩非于·外储说左上》，管理关和市的税收等事物。《通鉴·周纪四》胡注认为关市即《周礼》的司官、司市，'战国之时合为一官'。此处关市律系关于关市职务的法律。"[2]《唐律疏议·杂律》中有关于市场管理的规定，如"器皿绢布行滥缺狭面卖"、"买卖不和较固"等，[2]但没有专门的市律，也没有专门的关市律。

《行书律》是关于文书传送的法律规定。睡简的《秦律十八种》中有《行书律》，但是律文较少。唐律中没有《行书律》的篇名。

《复律》只有一条，内容是关于事县官的工人如何复其户简勿算徭赋的。睡简和唐律中均无此篇名。

---

① 李学勤：《简帛佚籍与学术史》，江西教育出版社 2001 年版，第 362 页。

② 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社 1990 年版，第 42 页。

③ 长孙无忌：《唐律疏议》，中华书局 1983 年版，第 497、500 页。

《赐律》是有关赏罚赐内容的法律。此律名在睡简中未见。在唐律中也无此篇名。但是律中有关赏赐的内容,如赐衣、赐棺、赐酒食等,在史书中常见。

《户律》的篇名,在睡简中未见,程树德的《九朝律考》中将该篇名作为汉九章律中的一篇:"'汉相萧何承秦六篇律,加厩兴户三篇,迄于后周,皆名户律。北齐以婚事附之,名为婚户律。隋开皇以户在婚前,改为户婚律。'(《唐律疏议》)按户律以下三篇,总谓之事律,见《晋志》及《玉海》注。《晋志》益事律兴厩户三篇,户律在末。《唐律疏议》或作户兴厩三篇,或作厩兴户三篇。考《唐六典》载晋泰始新律,户律在第十二,兴律在第十三,厩律在第十七,其次弟必有所本,兹从之。"[①]从其内容看,"律中还要求五大夫以下的人都要比地为伍,居处相案,出入相司,这无疑是商鞅制法的延续。"[②]《唐律疏议》中有《户婚律》篇,其内容从总的方面看,与《二年律令》中《户律》的内容基本相同,是有关户籍人口管理和授田等方面的。

《效律》一名,在睡简的《秦律十八种》中也可见此篇名。睡简整理小组注释:"效,此处为律名,关于核验官

① 程树德:《九朝律考》,中华书局2002年版,第17页。

② 李学勤:《简帛佚籍与学术史》,江西教育出版社2001年版,第197页。

府物资财产的法律。”[①]《二年律令》中的《效律》不如睡简中《效律》的内容完整。《效律》的律名在汉以后两代的法律中很难见到，但其内容一直存于各朝法律中，如《唐律疏议·厩库律》中有“损败仓库积聚物”、“出入不检”、“私借官物”等条款，实际上也是对官府物资财产管理的法律制度。

《传律》，睡简中无此篇名，唐律中也没有。其内容部分可与程树德《九朝律考》中所考的“养老令”[②]相比对。

《置后律》主要是关于官爵的传承及财产的继承等问题。该律名在睡简及其他已知的中国古代法律中均未出现。

《爵律》，睡简中无此篇名，内容是关于受爵的条件及伪造爵位的问题。

《兴律》的律名，源于汉初。《晋书·刑法志》：“汉承秦制，萧何定律，除参夷连坐之罪，增部主见知之条，益事律兴、厩、户三篇，合为九篇。”[③]《唐律疏议》中有《擅兴律》。《唐律疏议》曰：“擅兴律者，汉相萧何创为兴律。魏以擅事附之，名为擅兴律。晋复去擅为兴。又至高齐，

---

① 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社 1990 年版，第 57 页。

② 程树德：《九朝律考》，中华书局 2002 年版，第 28 页。

③ 房玄龄等：《晋书》卷三十，《刑法志》，中华书局 1974 年版，第 922 页。

改为擅兴律。隋开皇改为擅兴律。虽题目增损,随时沿革,原其旨趣,意义不殊。大事在于军戎,设法须为重防。厩库足讫,须备不虞,故此论兵次于厩库之下。"[①]《二年律令》的《兴律》内容主要是征发兵役和徭役方面。

《徭律》主要是对徭役方面的规定,内容大多是关于免除徭役的。该律名在睡简及《唐律疏议》中均未见。

《金布律》在睡简的《秦律十八种》中也有载,按睡简整理小组的解释:"金布律,关于货币、财物方面的法律。汉代有金布律,或称金布令,《汉书·萧望之传》注:'金布者,令篇名也,其上有府库金钱布帛之事,因以名篇。'《晋书·刑法志》:'金布律有毁伤亡失县官财物,……金布律有罚赎入责以呈黄金为价……"[②]唐律中已无此律名,但相关内容却散见于各律中。

《秩律》主要是关于官吏俸禄的规定。律名未见于睡简。唐律中也无此律名。

《史律》是关于史、卜、祝三类专业人员管理、资格等方面的规定。该律名在睡简及唐律中均无。其中的简四七六条,张简整理小组注释:"《汉书·艺文志》和《说文·叙》引《尉律》均有与本条律文相似的内容。"[③]

---

① 长孙无忌:《唐律疏议》,中华书局1983年版,第298页。
② 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第36页。
③ 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》,文物出版社2001年版,第204页。

《二年律令》的最后一种是《津关令》,是关于津关的制诏。睡虎地秦简中未见此令名,程树德《九朝律考》中对此令名也没有进行过考证。

从上述《二年律令》的律令名称及沿革,可以对汉初的一些法律思想有初步认识。

第一,"繁法",并力图建立庞大和严密的法律体系。

一般认为,汉初的法律思想的特点是:"约法省刑"。依据主要为《史记·高祖本纪》的记载,这段记载描述了公元前206年刘邦初入咸阳时,"召诸县父老豪杰曰:'父老苦秦苛法久矣,诽谤者族,偶语者弃市。……与父老约,法三章耳:杀人者死,伤人及盗抵罪。余悉除去秦法。……'"[①]并认为由于约法三章,促成了汉王朝的建立,使得统治者非常重视刑的简约。另一个重要依据是当时的陆贾曾总结秦亡教训,在他的《新语·无为》中认为:"秦非不欲为治,然失之者,乃举措暴众而用刑太极故也。"并向刘邦提出:"设刑不厌轻。"

实际上,在当时的形势之下,统治者自己也认为:"三章之法不足以御奸",担心由于立法太少而"漏吞舟之鱼",因此,在公元前202年,刘邦命萧何作《九章

① 司马迁:《史记》卷八,《高祖本纪》,中华书局1959年版,第362页。

律》[1]，又命叔孙通就《九章律》所不及加以补定，即所谓《傍章律》十八篇，以弥补三章立法的不足。至于《九章律》和《傍章律》的内容，由于在张家山汉简的《二年律令》出土之前，无人知晓《九章律》和《傍章律》的实际内容。汉初制法的实际情况被忽视，并有了这样的看法："虽然《九章律》恢复了秦法，但总的来说比秦法简约。"[2]依据是上述关于《九章律》和《傍章律》的记载和班固在《汉书·萧何曹参传》中对萧何、曹参改革秦法的评论："天下既定，因民之疾秦法，顺流与之更始，二人同心，遂安海内"[3]，以及《汉书·萧何曹参传》中的民谣："萧何为法，讲若画一；曹参代之，守而勿失。载其清靖，民以宁一"[4]等。

《二年律令》的出土，使我们看到了汉初法律的一些真实面貌。如前所述，《二年律令》的年代为汉初吕后二年，在史载的《九章律》及《傍章律》制定之后。虽然出土的内容不全，只是汉律的一部分，但从律名分析，当时汉律的实际内容应多于史书的记载。《九章律》的内容，按

---

① 《汉书》卷二十三，《刑法志》，中华书局1962年版，第1096页。

② 杨鹤皋：《中国古代法律思想论集》，中国政法大学出版社2003年版，第253页。

③ 班固：《汉书》卷三十九，《萧何曹参传》，中华书局1962年版，第2021—2022页。

④ 同上书，第2021页。

《晋书·刑法志》载，为盗、贼、囚、捕、杂、具以及户、兴、厩。程树德在《九朝律考》中也作了考证，认为是以上九篇，至于《傍章律》十八篇，史书记载不全，程树德的《九朝律考》中说："按傍章十八篇，越宫朝律合以九章，共六十篇，是谓汉律。傍章以下，其篇目皆无考，诸书中引汉律并载其律名者，尚有数种，别附于后，其为傍章以下之一篇，抑系单行之律，则不可考矣。"[①]并从史籍中整理出《尉律》、《酎金律》、《上计律》、《钱律》、《左宫律》、《大乐律》、《田律》、《田租税律》、《尚方律》、《挟书律》、《章程》。[②] 这些就是程树德所说的"其为傍章以下之一篇，抑系单行之律，则不可考矣"。在程树德所认为的汉律六十篇中《朝律》、《越宫律》应为吕后二年以后之事，这在《晋书·刑法志》中有载："张汤越宫律二十七篇，赵禹朝律六篇"[③]。张汤、赵禹定律的时间，应在武帝时[④]。在此之前，按史籍载以及史学界的一般观点，应只有《九章律》九篇及《傍章律》十八篇，共二十七篇。但是，《二年律令》所含的律名共二十七种，其中没有《囚律》和《厩

---

① 程树德：《九朝律考》，中华书局 2003 年版，第 18—19 页。

② 同上书，第 19—23 页。

③ 房玄龄等：《晋书》，中华书局 1974 年版，第 922 页。

④ 班固：《汉书》卷九十，《酷吏传》："武帝时，禹以刀笔吏积劳，迁为御史。……与张汤论定律令……"（第 3651 页）《汉书》卷五十九，《张汤传》："武安侯为丞相，征汤为史……治陈皇后巫蛊狱，深竟党与，上以为能，迁太中大夫。与赵禹共定诸律令，务在深文，拘守职之吏。"（第 2638 页）班固：《汉书》，中华书局 1962 年版。

律》。这说明,在《傍章律》十八篇之外,至少还有两种或两种以上的《律》。

同时,从本部分开始的考证可知,《二年律令》中的多种律名在出土的睡简中未见,两唐律中却有这些律名或相关内容。

综上所述,出土的张简的《二年律令》的内容证实了史籍所载的西汉初年的立法情况有所不实或遗漏。结合《二年律令》的律名和史籍所载《九章律》及《傍章律》,我们可知,两汉初年,或吕后二年时,汉律的内容有:《九章律》九篇,包括《盗律》、《贼律》、《囚律》、《捕律》、《杂律》、《具律》、《户律》、《兴律》和《厩律》;《傍章律》十八篇以及不包含在《九章律》和十八篇《傍章律》之外的至少两种以上的法律。其内容涉及社会的政治、经济、军事等各方两,有社会公共安全、国家安全、行政管理、诉讼程序、金融秩序、婚姻、户籍等法律制度。从数量上看,仅《二年律令》出土的竹简就多这五百多枚,由于律文的大量残缺,李学勤先生认为这只是出土的汉律的律令摘抄。[①] 笔者也同意这一观点。如此内容丰富和数量繁多的法律,是无法也不能用“约法”来概括的。所以说,汉初仍然基于或完全继承了秦代在这方西的法律思想,建

① 李学勤:《简帛佚籍与学术史》,江西教育出版社 2001 年版,第 195 页。

立了一个庞大而严密的法律体系，或者说，在法律思想上，当时的统治者力求建立一个维护其统治的庞大的法律体系，而且是具备一定的规模、形成自己结构的法律体系。这种"繁法"、力图建立庞大和完备法律体系的思想与史籍所载或目前一些学者认为的汉初"省刑除苛"的法律思想完全不同。

从睡简与《二年律令》律名的比较看，汉初力图建立系统和完整的法律体系的思想应当是受到了秦代法律思想的影响。史籍中所述的"汉承秦制"从这里也得到了直接的证明。本书后而的内容也将论述到这个观点。

第二，强调"法治"、"以法为本"，颁布内容丰富而全面的成文法，使法律尽量规范整个社会的各个方而。

从前述《二年律令》的律名和简单介绍可知，它已经全然没有"约法三章"的立法观念和意图了。"约法三章"只非常简单地涉及人身和财产两方而。但《二年律令》中既有实体方面的规定，如《贼律》、《盗律》等，也有诉讼程序方而的规定，如《具律》、《告律》等。在内容上[①]，关于政治方而的有：(1)朝廷与诸侯的关系(见《贼律》、《捕律》)；(2)防范诸侯王的措施(见《贼律》、《捕

① 以下有关《二年律令》内容的划分，为黄留珠先生在2003年西北大学"张家山汉简研读班"讲授的内容。

律》)；(3)汉初的阶级斗争形势(见《贼律》、《捕律》)；(4)矫制问题(见《贼律》)；(5)汉初郡县设置(见《秩律》)；(6)文书制度，包括上书制度(见《贼律》)；(7)传食制度(见《传食律》)；(8)邮行制度(见《行书律》)；(9)津关管理(见《津关律》)。关于经济方面的有：(1)借贷(见《盗律》)；(2)货币流通(见《钱律》)；(3)盗铸(见《钱律》)；(4)田制(见《田律》)；(5)集市交易(见《市律》)；(6)均输(见《均输律》)；(7)对于工业者的管理(见《金布律》)。关于社会方面的有：(1)造假现象(见《贼律》)；(2)斗殴现象(见《贼律》)；(3)群盗(见《贼律》、《捕律》)；(4)劫人，略卖(见《盗律》、《具律》、《捕律》)；(5)吏民亡、奴婢亡(见《亡律》)；(6)乱伦、婚外情(见《杂律》)；(7)对死亡者的赏赐(见《赐律》)；(8)户籍制度(见《户律》)；(9)传籍制度(见《传律》)；(10)受杖制度(见《传律》)；(11)渡河管理(见《贼律》)；(12)持有毒物品的管理(见《贼律》)。关于狱政方面的有：(1)贪赃枉法(见《盗律》)；(2)赎罪(见《具律》)；(3)治狱(见《具律》)；(4)诬告、自告、告人、诇告(见《告律》、《捕律》)；(5)匿罪人(见《亡律》)；(6)连坐(见《收律》)。关于赋役方面的有：(1)擅赋敛(见《杂律》)；(2)免老、睆老(见《传律》)；(3)徭役、兴发(见《传律》、《兴律》)。关于官爵管理方面的有：(1)对有官

爵者犯罪的优待(见《具律》);(2)置吏规定(见《置吏律》);(3)军功爵受田宅(见《户律》);(4)效官制度(见《效律》);(5)置后制度(见《置后律》);(6)军功爵制(见《爵律》、《户律》、《具律》);(7)官秩等级(见《秩律》);(8)试学童(见《史律》)。

如果按现代法律类别的一般划分标准,《二年律令》的应当有刑事法律、民事法律(包括婚姻、继承)、商事法律(包括借贷、货币流通、商事交易)、行政法律(包括各级政权的隶属,行政机关的设置,文书制度,对市场、户籍等方面的管理,社会福利,考试制度等)、军事法律以及诉讼法律制度,内容涉及整个社会的各方面。如此全面的法律规定在中国古代历史的发展进程中也不多见。换句话讲,像《二年律令》这样全面的法律,除睡简和唐律外,在唐以前的史料及出土材料中非常少见。立法体系的完备及内容的全面,充分说明了当时立法者的立法意图:主张"法治",以大量的成文法即"繁法"维护君主专制,同时也体现出一定的"以法为本"的思想,反映了统治者力图将其意志的反映——法律来规范社会的各个方面,以达到对社会进行有效控制的目的。

本部分试图说明的另一个重要方面是,单从《二年律令》的律名上来分析,所谓面汉初年的"约法省刑"的思想是值得重新思考的。从前面的分析,可以得出这样

的结论:西汉初年"约法三章"及其法律思想在实践中并未有深刻的影响,法律的"简""约"思想,在吕后时期已经无法在法律中体现,"约法"起码在这一时期已经不存在了。关于那些许多学者一贯认为汉初"省刑"或"刑罚罕用"的情形和认识是否真实,将在下一部分探讨有关《二年律令》的刑罚名称的过程中作具体分析。

二、以"严刑"体现权威

为了维护皇帝的权威,必须实行独裁,由皇帝独掌大权,并以"严刑峻法"未防止和镇压被统治者的违抗。即所谓"权者,君之所独制也"。这是中央集权制的一大特点。先秦法家主张尚武恃刑、轻罪重罚。秦王朝也将"专任刑罚"作为夺取政权、巩固政权的有效方法。秦的统治者认为:"君主只有用烦苛的刑罚未监视督察臣民,才能行使自己的绝对权威,才得以为所欲为。"[①]在刑罚中运用各种手段,使百姓和官吏处在对苛刑的恐怖之中。从《二年律令》刑罚名称及内容看,汉初的法律完全继承了秦律的这种法律思想,以"严刑"和"重罚"来继护皇帝

① 张国华、饶鑫贤:《中国法律思想史纲》,甘肃人民出版社 1984 年版,第 277 页。

的权威,维护中央集权。

刑罚的名称和内容一定程度上能反映法律的宽简和严繁,对研究法律思想有非常重要的参考价值。

汉律的刑罚名,程树德在其《九朝律考》中曾作过考证。据该书《汉律考二·刑名考》的考证,汉律的刑名有"死刑":包括枭首、要斩、弃市(磔附);"肉刑":包括宫、刖右趾、刖左趾、劓、黥;"髡刑":五岁刑,髡钳□城旦舂;"完刑":四岁刑,完城旦舂;"作刑":包括"三岁刑:鬼薪、白粲","二岁刑,司寇作","一岁刑:罚作(隶臣附),复作(隶妾附)","赎刑";"罚金";"夺爵";"除名";"夷三族";"徙边";"督";"鞭杖";"顾山"和"禁锢"。① 但是从《二年律令》中的刑罚名看,当时的刑名要多。下面就将《二年律令》涉及的刑罚名作一考证,并从中分斩刑罚名所反映的法律思想。

(1)"要(腰)斩"(如张简第二号简,以下都称简××)

死刑的一种,即斩腰处死的刑罚。沈家本的《历代刑法考》中考证:"《释名》:斫头曰斩,斫腰曰腰斩。斩,暂也,暂加兵即断也。按:《释名》为汉刘熙所著。其分斩与要斩为二,当据汉法也。"②

---

① 程树德:《九朝律考》,中华书局2002年版,第38—53页。

② 沈家本:《历代刑法考》,中国检察出版社2003年版,第124页。

（2）"弃市"（如简二）

死刑的一种，处死犯人于市。"弃市，杀之于市也。谓之弃市者，取刑人于市，于众弃之也。"[1]

（3）"磔"（如简三）

死刑的一种，分裂肢体的刑罚。"师古曰：磔谓张其尸也。"[2]

（4）"黥"（如简五六）

黥，肉体处罚（肉刑）的一种，在脸上刺字并用墨涂抹填充留下印迹。这种刑罚在汉文帝时被废止，但六朝以后仍然被使用，此时已经不是一种单独的刑名了。[3]

（5）"城旦舂"（如简六七）

城旦舂，劳役的刑罚，男称城旦，女称舂。《汉书·惠帝纪》："应劭曰：'城旦者，旦起行治城；舂者，妇人不豫外徭，但舂作米：皆四岁刑也。'"[4]关于"舂"，沈家本认为："汉之舂实本于周制。""《汉（书）[旧]仪》言白粲为祠祀择米，此云舂以食徒者，是白粲与舂其执役同，第一以供祠祀，一以食徒者，为不同耳。周女之舂，可当秦、汉之白粲，汉之女舂则小异矣。"[5]

---

① 班固：《汉书》卷五，《景帝纪》，中华书局 1962 年版，第 146 页。

② 同上。

③ 程树德：《九朝律考》，中华书局 2002 年版，第 44 页。

④ 班固：《汉书》卷二，《惠帝纪》，中华书局 1962 年版，第 87 页。

⑤ 沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社 2003 年版，第 303 页。

(6)“耐”(如简五六)

除去鬓发的一种轻刑。“应劭曰:轻罪不至于髡,完其耐鬓,故曰耐。”[①]髡:剃去头发的刑罚。一般为二至四年。[②]

(7)“完”(如简五六)

《汉书·惠帝纪》对“完”的解释是:“民年七十以上若不满十岁有罪当刑者,皆完之。注:孟康曰:不加肉刑髡剃也。”[③]髡(同“髡”),前面已经提到,是一种剃去头发的刑罚,但是,根提沈家本和程树德的考证,“完”是去其鬓而保留头发的一种刑,与“耐”是一种刑。沈家本认为:“孟康以完为髡,然髡者剃发,完者仅去须鬓,实不同也。”“……耐之罪轻于髡,髡者剃发也,不剃其发,仅去须鬓,是曰耐,亦曰完。谓之完者,言完其发也。……”[④]程树德在其《九朝律考》中是这样考证的:“按完者,完其发也,谓去其鬓而完其发,故谓之完,见《说文》段注。……《史记索隐》云,汉令完而不髡曰耐,是完士未免从军也。”[⑤]针对上述二人的观点,笔者认为根据《二年律令》的内容,“完”与“耐”应当是两种不同的刑罚。

---

① 班固:《汉书》卷四,《文帝纪》,中华书局 1962 年版,第 64 页。
② 程树德:《九朝律考》,中华书局 2002 年版,第 47 页。
③ 班固:《汉书》卷二,《惠帝纪》,中华书局 1962 年版,第 85 页。
④ 沈家本:《历代刑法考》,中国检察出版社 2003 年版,第 311—312 页。
⑤ 程树德:《九朝律考》,中华书局 2002 年版,第 45 页。

(8)"隶臣妾"(如简七〇)

隶臣妾,也是一种服劳役的刑罚,时间为一年。《汉书·高惠高后文功臣表第四》:"师古曰:《刑法志》罪人狱已决,完为城旦舂,满三岁为鬼薪白粲,一岁为臣妾,一岁免为庶人。然则男子为隶臣,女子为隶妾也。"①

(9)"赎"(如简五六)

缴纳一定数量的黄金来代替被处以的其他刑罚。自汉代开始,改用黄金赎罪。"古之赎罪,皆用铜,汉始改用黄金,但少其斤两,令与铜相敌。"②这是程树德的考证。沈家本也在《历代刑法考》中考证:"《虞书》:金作赎刑。传:'金,黄金。误而入刑,出金以赎罪。'《正义》曰'……古之赎罪者皆用铜,汉始改用黄金,但少其斤两,令与铜相敌……'"③

(10)"罚金"(如简五)

经济处罚的一种,对罪犯以一定数量黄金的处罚。需要强调的是,"罚金"与"赎"是两种不同的刑罚方式。沈家本在其《历代刑法考》中也提到这一点:"按:汉之罚金,载在律令,是汉初即有之。赎为武帝以后事,与罚金

① 班固:《汉书》卷十六,《高惠高后文功臣表第四》,中华书局1962年版,第611—612页。

② 程树德:《九朝律考》,中华书局2002年版,第48页。

③ 沈家本:《历代刑法考》,中国检察出版社2003年版,第443页。

各为一法也。”[①]

这里需要指出：由于《二年律令》是吕后二年施行的法律，沈家本所述“赎为武帝以后事”的陈述应是错误的。因为在《二年律令》的《贼律》和《盗律》等律中都有分别关于“赎”和“罚金”的规定。

(11)“枭”(如简三四)

死刑的一种，砍头并将头悬挂。《汉书·陈汤传》中有：“枭谓斩其首而悬之也。”[②]

(12)“戍边”(如简七六)同“戍”(如简九六)

“戍”，《说文解字》的解释是：“戍，守边也。从人持戈。”[③]《汉书·食货志》：“匿不自占，占不悉，戍边一岁，没入緡钱。”[④]

(13)“鬼薪白粲”(如简四八)

男子打柴女子舂米的刑罚，时间为三年。《汉书·惠帝纪》：“……今皆就鬼薪白粲。取薪给宗庙为鬼薪，坐择米使正白为白粲，皆三岁刑也。”[⑤]

(14)“笞”(如简八六)

“笞”，在《汉书·刑法志》中这样记载：“景帝元年，

---

① 沈家本：《历代刑法考》，中国检察出版社 2003 年版，第 340 页。
② 班固：《汉书》卷七十，《陈汤传》，中华书局 1962 年版，第 3028 页。
③ 许慎：《说文解字》，中华书局 1963 年版，第 266 页。
④ 班固：《汉书》卷二十四，《食货志》，中华书局 1962 年版，第 1167 页。
⑤ 班固：《汉书》卷二，《惠帝纪》，中华书局 1962 年版，第 87 页。

下诏曰:'加笞与重罪无异,幸而不死,不可为人。其定律:笞五百曰三百,笞三百曰二百。'……至中六年,……丞相刘舍、御史大夫卫绾请:'笞者,箠长五尺,其本大一寸,其竹也,末薄半寸,皆平其节。当笞者笞臀。勿得更人,毕一罪乃更人。'"又注:"如淳曰:'然则先时笞背也。'"[①]按照张简整理小组的观点,《二年律令》是吕后二年施行的法律,笔者也同意此观点。所以,据上述《汉书·刑法志》对"笞"的解释,《二年律令》中的"笞"应为"笞背"。

(15)"劓"(如简八八)

张简整理小组注:"劓,肉刑的一种,割鼻。"沈家本在《历代刑法考》中对"劓"作了非常详细的考证:"《易[睽]·六三》其人天且劓。疏:'剠额为天,截鼻为劓。……'""《周礼·秋官·司刑》:劓罪五百。注:'劓,[截]其鼻也。……'""《汉志》:'当劓者,笞三百。景帝元年,定律:笞三百曰二百。'按:此文帝除肉刑改也,……"[②]

(16)"斩右止(趾)"(如简八八)

砍去右脚。程树德在《九朝律考》中考证:"文帝时

① 班固:《汉书》卷二十三,《刑法志》,中华书局1962年版,第1100—1101页。

② 沈家本:《历代刑法考》,中国检察出版社2003年版,第216、218、219页。

废当斩右趾者弃市。‘趾、足也，当斩右足者，以其罪次重，故从弃市。’”[①]

(17)“斩左止(趾)”(如简八八)

砍去左脚。程树德在《九朝律考》中考证：“文帝时废当斩左趾者笞五百，景帝元年减为三百，六年又减为二百。”[②]

(18)“府(腐)”(如简八八)

即宫刑。程树德在《九朝律考》中考证：“宫者，丈夫割其势，女子闭于宫中，今宦男女也。”[③](《周礼·秋官·司刑》注)

(19)“斩”(如简八八)

死刑的一种，即斩首处死的刑罚。“砍头曰斩，斩腰曰腰斩。”见前述关于“要(腰)斩”的解释。

(20)“司寇”(如简九〇)

服劳役的刑罚。《汉书·刑法志》有：“隶臣妾满二岁，为司寇。司寇一岁，及作如司寇二岁，皆免为庶人。”[④]程树德在其《九朝律考》中考证：“司寇男备守，女为作，如司寇，皆作二岁。(《汉旧仪》)……司寇作二岁

---

① 程树德：《九朝律考》，中华书局2002年版，第42页。
② 同上书，第43页。
③ 同上书，第41页。
④ 班固：《汉书》卷二十三，《刑法志》，中华书局1962年版，第1099页。

刑,输作司寇,因以名焉。"[①](《张皓传》注)

(21)"迁"(如简一二九)

张简整理小组注释:"迁,流放。"《论衡·道虚》:"父长,以罪迁蜀严道,至雍道死。"《史记·屈原贾生列传》:"令尹子兰闻之大怒,卒使上官大夫短屈原于顷襄王,顷襄王怒而迁之。"[②]

(22)"黥颜頯"(如简一二九)

此罪无法考证。

上述《二年律令》中常用的刑罚名,与程树德《九朝律考》中所考证的刑名大部分是相同的。这些刑罚方式,总的来说,体现出了"严刑"、"苛刑"的法律思想。具体分析如下:

第一,希望以"严刑峻法"的威慑效果维护统治者的权威。

"严刑峻法"以及刑罚的残忍性,首先体现在死刑的处罚方式上。从前面的考证可知,《二年律令》中的死刑处罚方式有五种:"要(腰)斩"、"弃市"、"磔"、"枭"、"析",这些处罚方式,仍然继承了秦朝及其以前原始、野蛮和残忍的特点。秦的刑罚,起初是比较残忍的,"《唐

---

① 程树德,《九朝律考》,中华书局2002年版,第46页。

② 司马迁:《史记》卷八十四,《屈原贾生列传》,中华书局1959年版,第2485页。

六典》谓商鞅传《法经》以相秦，加凿颠抽胁镬烹车裂之刑。"[①]后来，"盖当时刑制，得以天子诏令意为增减，秦之刑名，已非复李悝《法经》之旧。"[②]睡简中虽未见"凿颠抽胁烹镬车裂"的恶刑，"弃市"等残忍的死刑方式却存在。对睡简中死刑的方式，据刘海平先生在《秦律刑罚考析》[③]中考证，有以下几种：第一，戮。《秦律答问》："誉适（敌）以恐众心者，翏（戮）。翏（戮）者可（何）如？生翏（戮），翏（戮）之已乃斩之之谓殹（也）。"[④]这段话的意思是：对赞扬敌人而动摇军心的人，应当处以戮的刑罚。什么是戮？活着刑辱示众，然后斩首。第二，弃市。刘海年先生的观点是："弃市"，作为一种死刑，究竟如何处死或缘何得名？史籍和秦简中均无明确记载，历代史家的解释也不完全一致。第三，磔。《法律答问》："甲谋遣乙盗杀人，受分十钱，问乙高未盈六尺，甲可（何）论？当磔。"[⑤]第四，定杀。《法律答问》："疠者有罪，定杀。'定杀'可（何）如，生定杀水中之谓殹（也）；或曰生埋，生埋之异事殹（也）。"[⑥]即麻风病人是有罪的，一律溺毙，这与

---

① 程树德，《九朝律考》，中华书局 2002 年版，第 37 页。

② 同上。

③ 载于历史研究编辑部编辑的《云梦秦简研究》，中华书局 1981 年版。

④ 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社 1990 年版，第 105 页。

⑤ 同上书，第 109 页。

⑥ 同上书，第 122 页。

活埋是两回事。

对比《二年律令》与睡简的死刑处罚方式可见，他们都有“弃市”和“磔”这两种方式。应当说《二年律令》对秦简中所载的死刑处罚方式有明显的继承性。至于《二年律令》中的其他三种死刑处罚方式是否在秦律中存在，从这两简的对比看，目前不可知。但汉律在这方面对秦律的继承性无法否认。应当说，对死刑处罚方式采取残酷方式的观念和原则从秦至汉初的《二年律令》时期没有改变。如果对中国历代的刑罚方式作一对比调查就可以看出，对罪犯施行酷刑（包括肉刑、耻辱刑和死刑执行上的残酷方式）和威吓主义，是中国奴隶社会和封建社会统治者一贯采取的做法。周密曾在其《中国刑法史》中对中国自原始社会末期到中华民国（蒋介石统治时期）的刑名种类和内容作了归纳总结，形成“中国刑罚制度史一览表”。[①] 此表能够更加详细和具体地说明笔者的上述观点（由于文章的篇幅，不能全表引载）。为了使刑罚达到震慑罪凶和稳定社会的效果，统治者在制定刑罚时往往采用和推行严酷和极端的手段和方法，只要能达到稳定和维护统治的目的，法律的道德性便无从谈起，也根本不考虑作为个体的人的最基本的权利。单从

---

① 周密：《中国刑法史》，群众出版社1985年版，第439—480页。

上述《二年律令》中这些刑罚的处罚方式上看,儒家所谓的"仁"、"义",黄老的"刑不厌轻"丝毫没有被体现,而法家的"严刑峻法"却得到充分的反映。

第二,注重刑罚手段的多样性和灵活性。

用多种刑罚手段对不同的犯罪进行处罚,以体现法律的公平和权威、维护社会的稳定和君权是《二年律令》法律思想的一个特点。刑罚的多样和灵活也能体现法律的成熟和立法技术的水平。《二年律令》中的一些规定,不仅说明当时注重刑罚手段多样和灵活的法律思想,同时也体现了这个律令本身的成熟和一定的立法技术,譬如同样是适用货币进行处罚,却有"罚金"和"赎"两种形式,从本书前而对这两种刑罚的考证可知,它们是两种性质完全不同的外罚方式,"罚金"是一种附加刑,"赎"是以金钱代替刑罚的处罚。《二年律令》的相关规定对它们的这种性质表述得非常清楚。这两种货币处罚方式实际上让我们能看出这样的法律原则:第一,罪犯除了应当受到人身方面的处罚外,还可能被附加财产(金钱)的处罚。第二,人身的处罚是可以用财产(金钱)的处罚代替的。注重多样和灵活的刑罚手段的目的,实际上是体现法律的公平、保障法律的实施,这不仅反映当时立法手段和技术的先进,也可体现立法者法律思想的丰富和灵活。

第三,"轻罪用重刑"。

这种法律思想在《二年律令》中是常见的。以《二年律令》中的《盗律》为例，在《盗律》中的罪名有："盗"，即盗窃罪；"受赇"，即受贿罪；"行赇"，即行贿罪；"恐猲"，即恐吓罪；"盗杀伤人"罪；"盗发冢（塚）"罪，即盗墓罪；"略卖人"罪，即贩卖人罪；"桥（矫）相以为吏"罪，即假扮和冒充官从事"盗"罪；"自以为吏以盗"罪，即官员监守自盗罪；"劫人"罪，即抢劫等罪十种。[①] 内容涉及盗窃、抢劫、贩卖人口、行贿受贿和假冒国家官员等，这些犯罪比起杀人、放火等严重侵害人身和社会公共安全的犯罪行为要轻微得多，但是，就是对这样一些犯罪，《盗律》中却多次出现了"要（腰）斩"和"磔"两种残忍和极端的死刑方式。如简六六："……乃投书、县（悬）人书，恐猲人以求钱财，盗杀伤人，盗发冢（塚），略卖人若已略未卖，桥（矫）相以为吏，自以为吏以盗，皆磔。"简六一："徼外人来人为盗者，要（腰）斩。……"简六九："劫人、谋劫人求钱财，虽未得若未劫，皆磔之；……"

用严厉的惩罚手段处理社会危害性相对不大的犯罪，维护封建的皇权统治，原本是秦刑法思想的一个基本特点。黄留珠在其"秦刑法思想初探"一文中将这种法

① 曾加："《二年律令》中的《盗律》及其法律思想初探"，《西安电子科技大学学报》2004年第4期。

律思想总结为"以刑去刑"，并论述道："《商君书》的《去强》、《画策》、《开塞》等篇，都强调了这个问题的重要性。'以刑去刑'，就是通过刑罚手段达到免除、消灭刑罚的目的。为此，商鞅一派法家主张以'重刑'治国。'重刑，连其罪，则民不敢试，民不敢试，故无刑也'；'禁奸止过，莫若重刑'。李斯曾言：'商君之法，刑弃灰于道者。夫弃灰薄罪也，而被刑重罚也。'其所反映的，正是商鞅推行重刑主义的情形。"[①]《二年律令》中的"轻罪用重刑"的法律思想，应当说是继承了秦代法律思想的内容，这与汉朝建国时"约法三章"的法律思想已经有了本质的不同，虽然《二年律令》的年代与汉高祖所谓"约法三章"时期仅相差二十多年，"约法省刑"、"轻刑宽法"的法律思想在这部法律中已经很难见到，同时也没有体现出一点点"清静无为"、"约法省刑"等道、法结合的黄老思想的痕迹。

① 黄留珠：《秦汉历史文化论稿》，三秦出版社2002年版，第179页。

第二章　张简《二年律令》中的诉讼程序法律制度及其法律思想
——以《具律》为主

中国奴隶社会与封建社会法律的特点是“诸法合体,刑民不分”,这指的是刑事法律和民事法律不分。那么对于保证其实现权利义务的程序法和关于权利义务的实体法是否有明确的区分?从《二年律令》的内容看,在制定法律时,立法者还是有所侧重的。《二年律令》中的《具律》的内容就侧重了有关诉讼程序的法律制度。实际上,在制定法律的过程中,立法者总会自觉或不自觉地具有划分诉讼制度和实体制度的观念,并反映到了法律中。

《具律》中的罪名多与诉讼程序制度有关,下面先逐一考证和分析。

(1)“杀人”罪

见简八六:“有罪年不盈十岁,除;其杀人,完为城旦舂。”这条是针对未成年人犯罪的,不满十岁的人犯罪,

不负刑事责任，如果犯杀人罪，处“完为城旦舂”。

(2)“贼伤人”

见简九一、九二：“城旦刑尽而盗臧（赃）百一十钱以上，若贼伤人及杀人，而先自告也，皆弃市。”对那些已经被处罚过“城旦”之刑的人，如果再犯有盗窃价值一百一十钱以上，或伤害他人、杀人的，即使有自首情节，也处以“弃市”。这实际上是对累犯的处罚。

(3)“鞫狱故纵”

见简九三：“鞫（鞫）狱故纵、不直，及诊、报、辟故弗穷审者，死罪……。”鞫，又作“鞫”。见《汉书·刑法志》：“今遣廷史与郡鞫狱”。对“鞫狱”的理解：“如淳曰：‘以因辞决狱事为鞫，谓疑狱也。’李奇曰：‘鞫，穷也，狱事穷竟也。’师古曰：‘李说是也。’”[①]张简整理小组采用了如淳对“鞫狱”的注释。[②] “故纵”，《汉书·景武昭宣元成功臣表》：“太始三年，坐为太常鞫狱不实，人钱百万赎死，而完为城旦。如淳曰：‘鞫者以其辞决罪也。’晋灼曰：‘《律说》出罪为故纵，人罪为故不直。’”[③]

(4)“不直”或“鞫之不直”

---

① 班固：《汉书》卷二十三，《刑法志》，中华书局1962年版，第1102页。

② 《张家山汉墓竹简（二四七号墓）》，文物出版社2001年版，第147页。

③ 班固：《汉书》卷十七，《景武昭宣元成功臣表》，中华书局1962年版，第662页。

"不直"见上述简九三。"鞫之不直"见简一〇七："告，告之不审，鞫之不直，故纵弗刑，若论而失之，及守将奴婢而亡之，篡遂纵之，及诸律令中曰同法、同罪……"睡简的《法律答问》中，对"不直"的解释是："论狱【何谓】'不直'？可（何）谓'纵囚'？罪当重而端轻之，当轻而端重之，是谓'不直'。当论而端弗论，乃傷其狱，端令不致，论出之，是谓'纵囚'。"①睡简整理小组注释："不直，不公正……《史记·秦始皇本纪》载秦始皇三十四年'适（谪）治狱吏不直者，筑长城及南越地'。"②

（5）"诊、报、辟故弗穷审"

这在简九三中也可见。"诊"，《汉书·佞幸传》："……，诊，验也，音軫。"③"报"，《后汉书·孝安帝纪》："报谓断决也。"④"辟"，张简整理小组注释："审理。""穷审"，张简整理小组注释："将案情追查到底。"⑤

（6）"受赇"

见简九五："其受赇者，驾（加）罪二等。所予臧（赃）罪重，以重者论之，亦驾（加）二等。""赇"，《说文解字》

---

① 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1990年版，第115页。
② 同上。
③ 班固：《汉书》卷九十三，《佞幸传》，中华书局1963年版，第3740页。
④ 范晔：《后汉书》卷五，《孝安帝纪》，中华书局1965年版，第208页。
⑤ 《张家山汉墓竹简（二四七号墓）》，文物出版社2001年版，第147页。

解释："以财物枉法相谢也。"[①]张简整理小组注释："受赇即受贿。"[②]

(7)"告之不审"

有人控告而不审理。

(8)"故纵弗刑"

故意故纵罪犯而不处以刑罚。

(9)"论而失之"

错判。

(10)"守将奴婢而亡之"

看守奴婢却让其逃亡了。

(11)"篡遂纵之"

放纵拦路抢劫的罪犯。

(7)至(11)的罪名都可见于前述的简一〇七。

(3)至(10)所述的罪名，是对审理案件官员在审理案件中所作的规定，即对诉讼中官员审理案件时的一些规定。

(12)"证不言请(情)"

见简一一〇："证不言请(情)，以出入罪人者，死罪，黥为城旦舂；它各以其所出入罪反罪之。狱未鞫而更

① 许慎：《说文解字》，中华书局1963年版，第131页。

② 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》，文物出版社2001年版，第142页。

请(情)者,除。吏谨先以辨告证。""证",张家山汉简整理小组注释:"作证。"[①]"请",指情况。

(13)"译讯人为诈(诈)伪"

见简一一一:"译讯人为诈(诈)伪,以出人罪人,死罪,黥为城旦舂,它各以其所出人罪反罪之。""译",张简整理小组注释:"翻译","翻译少数民族的语言。""讯,《汉书·张汤传》:'讯鞫论报'注:'讯,考问也。'"[②]

(12)、(13)所述二罪都是有关证人的。

(14)"失"

见简一一二:"劾人不审,为失。""劾",张简整理小组注释:"劾,《汉书·叙传》音义引石曹:'举罪曰劾。'"[③]这条是关于案件举报制度的。

(15)"气(乞)鞫不审"

见简一一四:"……气(乞)鞫不审,驾(加)罪一等……""气(乞)鞫",张简整理小组注释:"请求重审。"[④]此条是关于案件重审的规定。

(16)"诬人"

见简一二一、一二二:"其证不言请(情)、诬人……"

---

① 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》,文物出版社2001年版,第149页。

② 同上。

③ 同上。

④ 同上书,第150页。

这条是有关诬告制度的。

从以上在《具律》中总结分析出的罪名及有关规定可见,《具律》主要调整的是下列几类法律关系:第一,对司法官员在审理案件中的各种规定;第二,对当事人和其他诉讼参与人在诉讼过程中的规定;第三,对未成年人犯罪的规定。在《二年律令》出土以前和出土以后至今,还没有出土的资料能完整和系统地体现有关《具律》的内容,睡简的《法律答问》中虽然有《具律》条款,但内容不多且零散。直到《二年律令》出土后,我们才了解了自李悝著《法经》以后有关《具律》的真正比较完整的内容。在睡简和张简出土前,学术界一直有这样的观点:"《具法》,是根据具体情节有关加重或减轻刑罚的规定。"[①]但是,单从《二年律令》中《具律》的罪名看,它涉及的内容要广泛得多。

其实,《具律》中还涉及其他有关法律制度:如对受理案件和审理案件级别的规定、刑事责任年龄问题、审判监督问题和定罪量刑问题。可以说,《具律》的规定构架了一套比较完整的诉讼法律制度以维护统治者的统治。其所反映的主要法律思想如下:

第一,便利诉讼,重视案件的审判权。

---

① 张国华:《中国法律思想史新编》,北京大学出版社 1998 年版,第 130 页。

这种思想在法律中的具体体现是明确和严格规定关于受理案件和审判案件权限范围，同时确定有司法审判权的官员的级别。既体现了“便利诉讼”的目的，又保证每一个案件能够得到审理，见简一〇一：

> 诸欲告罪人，及有罪先自告远其县廷者，皆得告所在乡，乡官谨听，书其告，上县道官。廷士吏亦得听告。

从这条规定可知，案件的审判权在县廷，为了方便当事人诉讼，案件受理则容易得多：乡官、廷士都可以受理案件。在居延新简中有一个案例，是东汉建武三年（公元27年）十二月居延县廷审理甲渠鄣侯粟告客民寇恩债务纠纷，内容主要是：居延县廷有甲渠部侯粟君告客民寇恩负债谷廿石一案，经过部乡啬夫三次验问，都根据的是寇恩的自证，治决粟君为诬告，当坐“反罪律”而处以“赃五百上”的罪，后经居延丞守移书甲渠侯官，论决粟君为政不直。[①] 这个案件也印证了审判权在县，乡一级官员只有受理权。睡简的《法律答问》中，对案件的审判权有类似规定：“‘辞者辞廷。’·令郡守为廷不为？为

① 《居延新简》，ERS22：1—36，文物出版社1990年版。

殴(也)。|‘辞者不先辞官长、啬夫。’|可(何)谓‘官长’?可(何)谓‘啬夫’? 命都官曰‘长’,县曰‘啬夫’。”[1]

第二,主张未成年人一般不承担刑事责任。

对未成年人犯罪在法律上有特殊规定:不满十岁的人,除了杀人罪外,对其犯的罪是不负刑事责任的,这可以说是对免于刑事责任的年龄作了规定。但同时又表明这样一种思想:对杀人这种严重的刑事犯罪,不受刑事责任年龄的限制。见简八六:

> 吏、民有罪当笞,谒罚金一两以当笞者,许之。有罪年不盈十岁,除;其杀人,完为城旦舂。

这条实际上还包含着另一个法律原则;对处以笞刑的,可以用罚金来代替,即以金钱刑代替肉刑处罚。虽然法律规定“吏、民”都可以适用此规定,实际上对有钱阶层提供了一条逃避法律惩罚的途径,造成事实上的在法律面前的不平等。

《汉书·刑法志》中也有关于来成年人犯罪如何处置的记载[2]:

① 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第115—116页。

② 班固:《汉书》卷二十三,《刑法志》,中华书局1962年版,第1106页。

至成帝鸿嘉元年，定令："……年未满七岁，贼斗杀人及犯殊死者，上请廷尉以闻，得减死。"

虽然《二年律令》的规定与《汉书·刑法志》中的记载年龄有所不同，但是都体现出刑法对年幼者的保护及其重罪应当受刑事处罚的法律思想。

第三，重视案件的事实和证据，防止"出入罪"。

对证人及参与诉讼的其他人员在诉讼中行为的规定，反映出对案件事实和证据的重视，也从另一方面体现了《二年律令》的一个诉讼法律原则：审理案件的主要依据是案件事实和相关的证据。对伪证行为，从相关的内容看，处罚是比较严厉的。

证不言请（情），以出入罪人者，死罪，黥为城旦舂；它各以其所出入罪反罪之。狱未鞫而更请（情）者，除。吏谨先以辨告证。（一一〇）

译讯人为谘（诈）伪，以出入罪人，死罪，黥为城旦舂，它各以其所出入罪反罪之。（一一一）

在《唐律疏议·诈伪律》中，这两条规定的内容合为一条："诸证不言情及译人作伪，致罪有出入者，证人减

二等,译人与同罪。”“【疏】议曰:‘证不言情’,谓应议、请、减,七十以上、十五以下及废疾并据众证定罪,证人不吐情实,遂令罪有增减;及传译番人之语,令其罪有出入者;‘证人减二等’,谓减所出入罪二等。‘译人与同罪’,若夷人承徒一年,译人云‘承徒二年’,即译人得所加一年徒坐;或夷人承流,译者云‘徒二年’,即译者得所减二年徒之类。”①

唐律的内容,除了处罚力度和方式上与《二年律令》有所不同外,其与《二年律令》的沿袭关系,还是显而易见的。

第四,注重对当事人提供法律救济,制定审判监督程序——“乞鞫”,即请求重审。

在《具律》中,对当事人的司法救济原则主要体现在案件的重审方面,且规定比较详尽。见简一一四至简一一七:

罪人狱已决,自以罪不当,欲气(乞)鞫者,许之。气(乞)鞫不审,驾(加)罪一等;其欲复气(乞)鞫,当刑者,刑乃听之。死罪不得自气(乞)(一一四)鞫,其父、母、兄、姊、弟、夫、妻、

① 长孙无忌:《唐律疏议》,中华书局1983年版,第475页。

子欲为气(乞)鞫,许之。其不审,黥为城旦舂。年未盈十岁为气(乞)鞫,勿听。狱已决盈一岁,不(一一五)得气(乞)鞫。气(乞)鞫者各辞在所县道,县道官令、长、丞谨听,书其气(乞)鞫,上狱属所二千石官,二千石官令都吏覆之,都吏所覆治,廷(一一六)及郡各移旁近郡,御史、丞相所覆治移廷。(一一七)

上述的审判监督程序的规定实际上包含着比较丰富的法律原则:首先,对重审申请者的范围进行严格限定,一般的刑事犯罪,申请重审者必须是本人,其他任何人都无权提出重审;死刑的申请重审只能由其近亲属如父、母、兄、姊、弟、夫、妻等提出,罪犯自已本人不得提出。其次,追究申请重审而不实的行为,由犯罪者本人提出申请的,罪加一等,由犯死罪由其近亲属提出申请的,对申请者处以黥刑。再次,利用时效的规定防止滥诉,同时又能使当事人的权利得到保障:申请重审的时间为案件作出判决后的一年以内。最后,对重审案件的受理机关和审理机关进行限制,以保证案件的公正审理。

在睡简的《法律答问》中,已有上述《二年律令》的相关内容:"以乞鞫及为人乞鞫者,狱已断乃听,且未断犹听殹(也)?狱断乃听之,失鋈足,论可(何)殹(也)?如

失刑罪。"[1]《晋书·刑法志》中也有："改汉旧律不行于魏者皆除之，……二岁刑以上，除以家人乞鞫之制……"[2]可见，在相当长的一段时间内，封建统治者为了维护社会的稳定，十分重视案件重审这种审判监督制度，并将它明确地规定在法律条文中。

第五，主张保护封建皇族和贵族的利益，在诉讼过程中维护其特权地位。

在《具律》的开始，就明确提出了在诉讼中具有爵位的人以及皇亲国戚可以减轻处罚。

上造、上造妻以上，及内公孙、外公孙、内公耳玄孙有罪，其当刑及当为城旦舂者，耐以为鬼薪白粲。(八二)

公士、公士妻及□□行年七十以上，若年不盈十七岁，有罪当刑者，皆完之。(八三)

吕宣王内孙、外孙、内耳孙玄孙，诸侯王子、内孙耳孙，徹侯子、内孙有罪，如上造、上造妻以上。(八五)

---

① 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社 1990 年版，第 120 页。

② 房玄龄等：《晋书》卷三十，《刑法志》，中华书局 1974 年版，第 925—926 页。

有学者指出，这是“八议”制度的早期形态，主要是议爵和议贵。[1]《唐律疏议·名例律》中有：“诸八议者，犯死罪……。【疏】议曰：流罪以下，犯状既轻，所司减讫，自依常断。……”[2]实际上，早在秦朝睡简的《法律答问》中可见：“内公孙毋（无）爵者当赎刑，得比公士赎耐不得？得比焉。”[3]睡简整理小组注释：“《汉书·惠帝记》：‘上造以上及内外公孙、耳孙有罪当刑及当为城旦、舂者，皆耐为鬼薪、白粲。’注：‘内外公孙，国家宗室及外戚之孙也。’据此，内公孙即宗室后裔。本条与《汉书》这段文字可互相参看。”不论是秦律，还是汉书和唐律，在这方面的诉讼法律思想是共同的：维护特权阶层，保护特权阶级的利益尽量少受法律的影响，这些规定，实质上是周礼“刑不上大夫”思想的体现和延续。

同时，从上述的简文中还可知，妻子是按照丈夫的身份减刑的。但是，“□杀伤其夫，不得以夫爵论（八四）”又反映出男女在法律适用上的不平等。

第六，累犯从重。

有罪当黥，故黥者劓之，故劓者斩左止（趾），

---

① 曹旅宁：《秦律新探》，中国社会科学出版社 2002 年版，第 275 页。

② 长孙无忌：《唐律疏议》，中华书局 1983 年版，第 32 页。

③ 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社 1990 年版，第 137 页。

> 斩左止(趾)者斩右止(趾),斩右止(趾)者府(腐)之。女子当磔若要(腰)斩者,弃市。当斩为城旦者黥为舂,当赎斩者赎黥。(八八)

简八九、九〇、九一、九二的内容同样也是对累犯的规定,都采用从重处罚的原则。

累犯从重的原则和思想在更早的睡简中已有所体现,应当说《二年律令》的这种思想是沿袭了秦律的有关规定。睡简的《法律答问》规定[1]:

> 当耐司寇而以耐隶臣诬人,可(何)论?当耐为隶臣。|当耐为侯(候)罪诬人,可(何)论?当耐为司寇。(一一七)当耐为隶臣,以司寇诬人,可(何)论?当耐为隶臣,有(又)𣪠(系)城旦六岁(一一八)……

累犯加重处罚的思想在唐律中也有所体现,《唐律疏议》中称"更犯":"诸犯罪已发及已配而更为罪者,各重其事。"[2]

第七,重罪吸收轻罪。

即如果一个人犯有数罪,处罚时,按照其所犯的最重

① 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第121页。

② 长孙无忌:《唐律疏议》,中华书局1983年版,第79页。

的一个罪进行处罚。见简九九：

一人有数□罪殴，以其重罪罪之。

日本学者堀毅对这种法律原则的渊源进行过考证[①]，认为这一法律原则的渊源在秦律，见睡简的《法律答问》："把其叚（假）以亡，得及自出，当为盗不当？自出，以亡论，其得，坐臧（赃）为盗；盗罪轻于亡，以亡论。"[②]这个原则对以后中国封建社会法律的影响非常大，正如日本学者堀毅在其"唐律渊源考——以秦律中'一人有数罪'的规定为中心所作的考察"一文中的论述："这是（指重罪吸收原则——笔者注）贯穿唐律的通则性规定，这一点很早就有人指出，并有人阐述了它在汉及先秦以前的渊源问题。但其论据只停留在《尚书·吕刑》以及后汉时的注释上。"[③]唐律中最典型的规定就是《唐律疏议·名例律》中的"诸二罪以上，以重者论"的条款。

第八，严厉处罚"鞫狱故纵"、"不直"、"诊、报、辟不

① 堀毅："唐律渊源考——以秦律中'一人有数罪'的规定为中心所作的考察"，《秦汉法制史论考》，法律出版社1998年版，第377—378页。

② 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1990年版，第124页。

③ 堀毅："唐律渊源考——以秦律中'一人有数罪'的规定为中心所作的考察"，《秦汉法制史论考》，法律出版社1998年版，第378页。

穷审者"等职务犯罪。

对司法官员在审理案件中的违法、枉法和治狱不当行为采取严厉惩罚的态度,同时针对所犯罪行的轻重,规定出相应的处罚方式。《二年律令》中相关规定所涉及的内容非常详细,列举了可能出现的多种情况。见简九三至简九八:

鞠(鞫)狱故纵、不直、及诊、报、辟故弗穷审者,死罪,斩左止(趾)为城旦,它各以其罪论之。其当毄(系)城旦舂,作官府偿日者,(九三)罚岁金八两;不盈岁者,罚金四两,(九四)□□□□两,购,没入、负偿,各以其直(值)数负之。其受赇者,驾(加)其罪二等。所予臧(赃)罪重,以重者论之,亦驾(加)二等。其非故也,而失不(九五)审者,以其赎论之。爵戍四岁及毄(系)城旦舂六岁以上罪,罚金四两。赎死、赎城旦舂、鬼薪白粲、赎斩宫、赎劓黥、戍不盈(九六)四岁,毄(系)不盈六岁,及罚金一斤以上罪,罚金二两,毄(系)不盈三岁,赎耐、赎䙴(迁)、及不盈一斤以下罪,购、没入、负偿、偿日作县(九七)官罪,罚金一两。(九八)

各级司法官员的执法状况直接关系到社会稳定和最高统治者各项政策的执行,所以这种法律思想也是历代的统治者在法律中一直所奉行的。《史记·秦始皇本纪》:“三十四年,適治狱吏不直者,筑长城及南越地。”[①]睡简的《法律答问》中有:“论狱【何谓】‘不直’? 可(何)谓‘纵囚’? 罪当重而端轻之,当轻而端重之,是谓‘不直’。当论而端弗论,乃傷其狱,端令不政,论出之,是谓‘纵囚’。”睡简整理小组注释:“不直,不公正……”“纵囚,放走罪犯。[②]《汉书·景武昭宣元成功臣表》注引晋灼云:‘律说出罪为放纵,入罪为故不直。’”在《唐律疏议·断狱律》中,这方而的规定得到了进一步的发展,除了有与《二年律令》内容基本相同的“囚应禁不禁”、“依告状鞠狱”、“决罚不如法”和“辄自决断”等条款外,还增加了“与囚金刃等物”和“违法移囚”等规定。[②]《唐律疏议·职制律》中也有大量的官员执行职务的犯罪的规定。如“在官应直不直”、“事应奏而不奏”、“受人财为请求”等。[④]

再看简一〇四、一〇五、一〇六:

① 司马迁:《史记》卷六,《秦始皇本纪》,中华书局1959年版,第253页。

② 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第115页。

③ 长孙无忌:《唐律疏议》,中华书局1983年版,第545—575页。

④ 同上书,第185、202、219页。

> 事当治论者，其令、长、丞或行乡官视它事，不存，及病，而非出县道界也，及诸都官令、长、丞行离官有它事，(一〇四)而皆其官之事也，及病，非之官在所县道界也，其守丞及令、长若真丞存者所独断治论有不当者，令真令、长、(一〇五)丞不存及病者皆共坐之，如身断治论及存者之罪。唯谒属二千石官者，乃勿令坐。(一〇六)

这几条律文是关于司法官员对案件审理不当所应承担的"连坐"的规定。在战国时期，秦国的商鞅变法就有"连坐"的内容："令民为什伍，而相牧司连坐。不告奸者腰斩，告奸者与斩敌首同赏，匿奸者与降敌同罚。"[①]"连坐"一般与"族诛连坐"是联系在一起的。到了秦朝，由于以法家思想为主导，盛行"族诛连坐"，连法家的代表人物李斯，最后都受到了"族诛连坐"的惩罚。到了汉代，吕后元年（公元前 187 年）虽然有"除三族罪、妖言令"[②]的记载，但是从《二年律令》中《具律》的内容看，"连坐"的规定并没有被废除，其范围涉及同职的官员、上级、下级和与案件有关系的其他官员。《二年律令》中

① 司马迁：《史记》卷六十八，《商君列传》，中华书局 1959 年版，第 2230 页。
② 班固：《汉书》卷三，《高后纪》，中华书局 1962 年版，第 96 页。

的《贼律》篇和《盗律》篇中也有此规定。如《贼律》的简四、五、六：

贼燔城、官府及县官积[冣]（聚），弃市。贼燔寺舍、民[室][屋][庐][舍]，积[冣]（聚），[黥]为城旦舂，其失火延燔之，罚金四两，[责]（债）（四）所燔。乡部、官啬夫、吏主者弗得，罚金各二两。（五）

船人渡人而流杀人，耐之，船啬夫、吏主者赎耐，其杀马牛及伤人，船人赎耐，船啬夫、吏赎䙴（迁）。……（六）

《盗律》的简七四、七五、七六：

盗出财物于边关徼，乃吏部主智（知）而出者，皆与盗同法；弗智（知），罚金四两，使者所以出，必有符致，毋符致（七四），吏智（知）而出之，亦与盗同法。（七五）

盗出黄金边关徼，吏、卒徒部主者智（知）而出及弗索，与同罪；弗智（知），索弗得，戍边二岁。（七六）

官员"连坐"的规定在唐律中也可以见到,如《唐律疏议·名例律》中的"同职犯公坐"条:"诸同职犯公坐者,长官为一等,通判官为一等,判官为一等,主典为一等,各以所由为首;其阙无所承之官,亦依此四等官为法。即无四等官者,止准见官为罪。若同职有私,连坐之这不知情者,以失论。检、勾之官,同下从之罪。应奏之事有失,勘读及省审之官不驳正者,减下从一等。若辞状隐伏,无以验知者,勿论。"[①]"连坐"制度在一定程度上严明了吏治,保证了封建司法系统内部的正常运转,使官员之间能够相互监督,确保案件及时和依法审理,因此一直得到历代统治者的青睐,并将这种条款明确和详细地规定在公布的法律条文中。从《二年律令》的内容看,《具律》中官员的"连坐"与"族诛连坐"有所不同,它只涉及与案件有关的官员,不处罚官员的亲属和族人;而"族诛连坐"所牵连的范围要广泛得多。

第九,注重司法官员的资格和审理权限。

司法官员审理案件的素质水平,直接关系到案件的审理结果,关系到案件当事人的利益,通过对官员审理权限的规定对司法官员的资格加以规范,能够保证案件的审理质量。《二年律令》以独特的法律眼光注意了这一

① 长孙无忌:《唐律疏议》,中华书局 1983 年版,第 110 页。

点，把注意司法官员的资格和审理权限的法律思想体现在法律中。

> 县道官守丞毋得断狱及潚（谳）。相国、御史及二千石官所置守、叚（假）吏，若丞缺，令一尉为守丞，皆得断狱、潚（谳）狱，（一〇二）皆令监临庳（卑）官，而毋令坐官。（一〇三）

实际上，《二年律令》中的《置吏律》是专门规定官员资格和职资的，《具律》中的这个条款只规定了司法官员的资格和审理权限的一部分。睡简的《秦律十八种》就有关于官员资格和权限等方面的条款，如关于司空职务的《司空律》、官吏任用的《置吏律》、有关廷尉职务的《尉律》等等。《唐律疏议·职制律》述："职制律者，起自于晋，名为违制律。"[①]但是从上述考证可以看到，有关官员的资格和职责等方面的法律规定在秦朝的法律中已经存在，在汉朝的法律中也有专门的规定，《晋律》中的违制律应当是有关官员制度方面法律规定中的一篇。

上述《具律》的诉讼法律思想，很多源于秦律，并对秦律中的一些法律思想进行了发展和充实，这些法律思

① 长孙无忌：《唐律疏议》，中华书局 1983 年版，第 182 页。

想的影响,在中国封建社会的鼎盛时期——唐代还相当深刻。

第三章　从《田律》看《二年律令》的农业、土地管理的法律思想

《二年律令》中的《田律》主要是有关农业生产和土地管理方面的律文，从内容上看，比睡简的《秦律十八种》里《田律》的内容更多，所体现出的法律思想更加丰富。

1. 重视保护农作物和各种生产资料，以利于农业的发展

在《二年律令》的《田律》中，规定了禁伐、禁猎、禁捕的时间，草木灰的用途，禁止用各种手段伤害马、牛以及马、牛等牲畜造成农作物损害后的赔偿等等。内容甚为详细。

> 禁诸民吏徒隶，春夏毋敢伐材木山林，及进（壅）隄水泉，燔草为灰，取产麛（麛）卵彀（鷇）；毋杀其绳重者，毋毒鱼。（二四九）

> 诸马牛到所，皆毋敢穿穽，穿穽及及置它机

能害人、马牛者,虽未有杀伤也,耐为隶臣妾。杀伤马牛,与盗同法。杀人,(二五一)弃市。伤人,完为城旦舂。(二五二)

马、牛、羊、豨彘、彘食人稼穑,罚主金马、牛各一两,四豨彘若十羊、彘当一牛,而令挢(?)稼偿主。县官马(二五三)、牛、羊,罚吏徒主者。贫弗能赏(偿)者,令居县官;□□城旦舂、鬼薪白粲也,笞百,县官皆为赏(偿)主,禁毋牧彘。(二五四)

在睡简《秦律十八种》的《田律》中,规定的内容基本一致,不过还涉及了禁苑方面的规定[①]:

春二月,毋敢伐材木山林及雍(壅)隄水。不夏日,毋敢夜草为灰,取生荔、麛鷇(卵)鷇、毋□□□□□□□毒鱼鳖,置穽罔(网),到七月而纵之。唯不幸死而伐绾(棺)享(椁)者,是不用时。邑之紤(近)皂及它禁苑者,麛时毋敢将犬以之田。百姓犬入禁苑中而不追兽及捕兽者,勿敢杀;其追兽及捕兽者,杀之。河(呵)禁

① 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第20页。

所杀犬，皆完入公；其它禁苑杀者，食其肉而入皮。

可见秦律也十分重视对农作物和生产资料的保护。唐律中关于这方面的规定应当是沿袭秦、汉《田律》的内容，虽然唐律中没有专门的《田律》，但是相关内容并不欠缺，对于保护农作物和生产资料的规定，主要在《厩库律》和《杂律》中，《厩库律》中有"故杀官私马牛"、"官私畜毁食官私物"等规定，[①]《杂律》中有"失火及非时烧田野"和"弃毁器物稼穑"等规定。[②] 保护农作物及各种生产资料，对违反有关法律规定的给予严厉的刑事处罚。经过历代封建政权的更替，法律的名称虽然有所变更，但是法律思想和相关规定始终没有根本的变化。

值得一提的是，不论在什么朝代，由于生产力的限制，对马、牛等农畜的保护是非常重视的，前述的《二年律令》的简二五二在这方面的规定比较具体，其实就是对秦律的继承，如《龙岗秦简》中所见的多处保护马、牛、羊的规定，其简九八："廿五年四月乙亥以来□□马牛羊[贷]□□□□"，《龙岗秦简》整理小组注释："该简当为

① 长孙无忌：《唐律疏议》，中华书局1983年版，第282、283页。

② 同上书，第509、517页。

秦王政二十五年颁发的有关马、牛、羊方面的法律条文，简残面未详律名。《秦律杂抄》三一有‘牛羊课’，与此简及以下诸简内容不同。”[①]接下来的一〇三、一〇四、一〇五简文内容基本与《二年律令》中《田律》的二五一简相同：“诸马、牛到所，毋敢穿穽及置它机，敢穿穽及置它【机】能害☐〇（一〇三）☐人马、牛者☐（一〇四）虽未有（一〇五）。”程树德的《九朝律考》卷一《汉律考四·律令杂考上》中有“杀牛弃市”的律文，该书考证的内容是：“‘法禁杀牛，犯之者诛。’（《淮南子》高诱注）‘曲周民父病，以牛乞县结正弃市。’（《魏志·陈矫传》）按《曲礼》诸侯无故不杀牛，是周时已有禁，汉特严其制耳。”[②]前述唐律的《厩库律》中“故杀官私马牛”的规定，更是对前朝规定的承袭。

2. 主张对土地的控制，以保障税收

严格规定授田、授田应缴纳的租税和授田的计量、保养等，主张保证国家的税收和对土地的严格控制，从而在根本上保证封建的土地国有制。

田不可田者，勿行；当受田者欲受，许之。（二三九）

---

① 《龙岗秦简》，中华书局2001年版，第105页。

② 程树德：《九朝律考》，中华书局2002年版，第110页。

入顷刍稾，顷入刍三石；上郡地恶，顷入二石；稾皆二石。令各入其岁所有，毋入陈，不从令者罚黄金四两。收(二四〇)入刍稾，县各度一岁用刍稾，足其县用，其余令顷入五十五钱以当刍稾。刍一石当十五钱，稾一石当五钱。(二四一)刍稾节贵于律，以入刍稾时平贾(价)入钱。(二四二)

县道已豤(垦)田，上其数二千石官，以户数婴之，毋出五月望。(二四三)

田不可豤(垦)而欲归，毋受偿者，许之。(二四四)

盗侵巷术、谷巷、树巷及豤(垦)食之，罚金二两。(二四五)

田广一步，袤二百卌步，为畛，畝二畛，一佰(陌)道；百亩为顷，十顷一千(阡)道，道广二丈。恒以秋七月除千(阡)佰(陌)之大草；九月大除(二四六)道□阪险；十月为桥，修波(陂)堤，利津梁。虽非除道之时而有陷败不可行，辄为之。乡部主邑中道，田主田道。道有陷败不可行者，罚其啬夫、吏主者黄金各二两。□□□□□□及□土，罚金二两。(二四八)

……

卿以下,五月户出赋十六钱,十月户出刍二石,足其县用,余以入顷刍律入钱。(二五五)

这些规定的核心只有一点:土地属于封建国家所有。侯外庐先生的《中国思想通史》第二卷第一章中,专门用一节论述了“秦汉土地国有制的所有形式及其法典化”,从秦始皇琅邪台石刻的规定:“六合之内,皇帝之土”,到马克思的论述:“假设他们不是隶属于土地私有者,却像在亚细亚一样,隶属于既为土地所有者同时又为主权者的国家,地租和课税不会并在一起的,……在这里,国家是最高的地主。在这里,主权就是全国范围内的集中的土地所有权。”侯外庐先生深刻地指出:“我们从秦汉以来的历史看来,这样的最高地主,就是皇族地主,也即马克思指的‘国家(例如东方专制帝王)’或‘君王是主要的土地所有者’。他赐给人民土地使用权,这就是列宁所说的‘亚洲或专制政府中的官吏底意志分配于农民的旧有份地……’(《社会民主党在一九〇五至一九〇七年第一次俄国革命中的土地纲领》,莫斯科中文版,页七四)。这是古老的‘亚洲式土地所有权形式’。这里‘国有’是经典作家的常见文法,不是如有些人误解说,国有二字仅

能用于社会主义。"[1]《二年律令》中《田律》的有关规定，恰恰印证了侯外庐先生《中国思想通史》中观点的正确性。睡简的《秦律十八种》中的《田律》也有这样的规定："入顷刍稾。以其受田之数，无垦不垦，顷入刍三石、稾二石。刍自黄䅘及䕯束以上皆受之。入刍稾，相输度，可殴（也）。"[2]《唐律疏议·户婚律》中也有"占田过限"、"盗耕种公私田"、"里正授田课农桑违法"等规定。[3] 在唐代前期，推行的是北魏孝文帝太和九年（485 年）实行的均田制（《魏书·食货志》），其均田令中有"均给天下民田"。这种制度使土地在形式上有了公私之分，但是，侯外庐先生指出："北魏均田制是远而继承了中国秦、汉早已存在的主权即土地所有权这一封建的土地所有制形式，进而因袭了西晋占田制的精神。……很显然，封建皇帝是以最高所有者而虚构法律。按照法律，特权的官吏和等级低下的农民都得有依照不同的身份向皇帝领受土地的权利。……从法律意义上来讲，这就有力地说明了，土地的所有权，一方面排他性地掌握在封建专制主义国家或皇帝的手中；另一方面封建国家又依照名分来分割

① 侯外庐等：《中国思想通史》第二卷，人民出版社 1957 年版，第 21 页。

② 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社 1990 年版，第 21 页。

③ 长孙无忌：《唐律疏议》，中华书局 1983 年版，第 244、249 页。

土地的等级占有。"[①]在中国的封建社会,不论是"公田"还是"私田",封建的土地国有制的实质是不变的,正如侯外庐先生在《中国思想通史》第二、三、四卷序论补中所言:"这里还应指出,封建的土地权力的这种品级结构,在亚洲,土地所有权属于主权者的国家,丝毫不意味着否定地主阶级的存在。相反地,在各个时代,虽然都可以有'公田'、'官田'的形式,但其背后的秘密都刻上各别时代的支配阶级的烙印……"[②]

3. 迷信禁忌

张简中有关于农业生产的禁忌规定。这种浓厚的迷信观念在法律中的体现与秋冬不施行死刑的思想在实质上是相同的。以法律规定体现天的意志,把法律规定与天意融为一体,这样,法律规定和天的意志同样是至高无上的。这时的法律,具有了无可争辩的最高权威,利于要求人们服从和执行。

见简二五〇:"毋以戊己日兴土功。"

根据张简整理小组的解释:"戊己,土忌之日。《睡墓竹简·日书甲种》:'土忌日,戊己……'"虽然张简没有《日书》,但是,《二年律令》中的这条法律规定却完全

---

① 侯外庐等:《中国思想通史》第四卷上册,人民出版社1957年版,第2页。

② 侯外庐等:《中国思想通史》第四卷上册,"第二、三、四卷序论补",人民出版社1957年版,第26页。

承袭了《睡虎地秦墓竹简·日书甲种》的有关内容，由此可看出《日书》的影响和对当时农业生产的需要，也充分说明统治者对它的重视。法律中对农业生产禁忌日的规定，在中国封建社会后期是非常独特的一种法律现象，它将天意与农业生产从法律上紧密地联系了起来。

第四章　张简的家族法律思想

一、对“父权”等的维护

在中国的奴隶社会和封建社会，“家族是父系的，亲属关系只从父亲方面来计算，母亲方面的亲属是被忽略的，她的亲属我们称之为外亲，以别于本宗。”[1]在家族中，父权具有绝对的、无可争议的统治地位，甚至有对子的生杀权。《史记·李斯列传》载，秦二世矫诏赐扶苏死，扶苏说：“父而赐子死，尚安复请！”[2]后来随着法律的发展，这种生杀权只适用于君臣之间，掌握生杀权的只有国家机构和君主，其他任何一个普通百姓不能够随意杀人。正如《白虎通德论》所言：“父煞其子死，当诛何？以为天地之性人为贵，人皆天所生也，托父母气而生耳。王者以养长而教之，故父不得专也。《春秋传》曰：‘晋侯煞

① 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局 2003 年版，第 1 页。

② 司马迁：《史记》卷八十七、《李斯列传》，中华书局 1959 年版，第 2551 页。

世子申生。'"在财产方面,《礼记》云:"父母在不敢有其身,不敢私其财。"《内则》云:"子妇无私货,无私蓄,无私器,不敢私假,不敢私与。"

法律对子父权在家族中人身和财产方面支配地位的维护和持续,起到了非常重要的作用。在《二年律令》中可以看到这种浓厚的思想印迹。

1. 绝对确立父权的地位

在《二年律令》的《告律》中,有这样的规定:

> 杀伤大父母、父母,及奴婢杀伤主、主父母妻子,自告者皆不得减……。(一三二)
>
> 子告父母,妇告威公,奴婢告主、主父母妻子,勿听而弃告者市。(一三三)

简一三二本对"自告"即自首减轻处罚中例外:如果晚辈对祖父、父母造成伤害,奴婢对主人或主人的父、母、妻、子女造成伤害,虽然是自首,但不能减轻处罚。在这里,"……有罪先自告,各减其罪一等"(见简一二七)的规定在家族秩序面前显得软弱无力。"自首减刑",原本是一个比较先进的刑事法律原则,但从上述简一三二的规定可知,无论立法技术多么高超,无论如何是不能从根本上触犯封建的家庭制度和道德,不能够触犯父权的绝

对地位的,在法律和封建的一些基本原则和制度之间,法律首先要服从历代统治阶级所沿袭和遵循的封建原则和道德标准。

再看简一三三的内容:子女控告父母,媳妇控告公公、婆婆,奴婢控告主人和主人的父母、妻子、子女,官府都不受理,而且要对控告的人处以极刑。这条规定可以说比简一三二的规定严厉得多,也说明家族以及家族的父权在整个社会的作用和地位。不孝与不敬是整个社会的大忌,《孝经》中曾说:五刑之属三千,罪莫大于不孝。《周礼》也将不孝列为乡八刑之一。所有对父母和尊长的不孝行为皆为整个社会和法律不容,在法律上的处罚也极重,即使被控告的人犯有极其严重的罪行,子孙等晚辈和奴婢也不能违反封建家族的基本原则。法律不仅要服从这些原则,而且要在具体的规定中明确予以保护。

在汉以后历代的法律中,对此一贯采取了坚定的、完全继承的做法。据《隋书·刑法志》载:齐列重罪十条,第八为不孝;犯此十条重罪不在八议论赎之限。《唐律疏议·名例律》关于"十恶"条的疏议曰:"按梁陈已往,略有其条。周齐虽具十条之名,而无'十恶'之目。开皇创制,始备此科,酌于旧章,数存于十。大业有造,后更刊除,十条之内,唯存其八。自武德以来,仍遵开皇,无所

损益。"[1]宋、元、明、清律的《条例》中的"十恶"条也毫不例外地将"不孝"列为其中。家族法与国家的法律融为一体,家族实质上成为了法律的单位,法律组织只是这些单位的组合。

《二年律令》的《贼律》有类似的规定:

> 子贼杀伤父母,奴婢贼杀伤主、主父母妻子,皆枭其首市。(三四)
>
> 子牧杀父母,殴詈泰父母、父母、叚(假)大母、主母、后母,及父母告子不孝,皆弃市。其子有罪当城旦舂、鬼薪白粲以上,(三五)[及]为人奴婢者,父母告不孝,[勿][听]。[年][七][十][以][上]告子不孝,必三环之。三环之各不同日而尚告,乃听之。教人不孝,黥为城旦舂。(三七)

子女伤害父母,或者奴婢伤害主人或主人的父、母、妻、子,都斩首并悬挂于市。"牧",张简整理小组注释:"牧,《睡虎地秦墓竹简·法律答问》:'可(何)谓牧?欲贼杀之,未杀而得,为牧。'""三环":"环,读如'还',《说文》:'复也'。三环,年龄在七十岁以上的人告其子不

① 长孙无忌:《唐律疏议》,中华书局1983年版,第6页。

孝,必须经反复告三次,司法部门才予受理。类似的法律规定亦见于《睡虎地秦墓竹简·法律答问》。"对于女有杀害父母而未遂的,对殴打、谩骂祖父母等长辈的,以及父母告于女不孝的,于女都处以"弃市"。关于上述不孝罪的例外就是于女如果在服刑期间,父母告子女不孝,不予受理。对于七十岁以上的人告于女不孝,必须经过反复三次的控告,司法部门才予以受理。对于教唆他人不孝的也要负刑事责任。上述关于不孝的规定充分说明:立法者将"不孝"是当做重罪未看待的。这是对家族制度维护的典型规定。

在睡简的《法律答问》中,也有关于告人不孝的规定[①]:

> 免老告人以为不孝,谒杀,当三环之不?不当环,亟执勿失。

睡简整理小组注释:"免老,六十岁以上的老人。"这段规定的大意是对子免老告人不孝的,不需要经过三环的程序,立即逮捕并执行死刑。

另外睡简的《封诊式》中也有两个父告子不孝的案

① 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社 1990 年版,第 117 页。

例。同样也说明不孝罪在法律中的地位。

如前所述，秦律、汉律以及以后各代法律对不孝罪的规定，不仅仅是国家法律对家族法律的认同，而且是家族法与国家法的融合。在罗马时代父亲对其子就享有生杀权，这种家族的权力，正如《罗马法教科书》中所述："家父对家子的权力具有与政治肌体中的君权相同的性质，同古代的所有政治机构一样，罗马家庭有自己的圣物，即自己的特殊崇拜，家父就是这一崇拜的司铎。他曾是家子的法官，对于他们所犯的过错，他有权以任何的方式加以惩罚，包括监禁、身体刑，甚至死刑；……"[①]

2. 在经济上支持家族制——从《户律》中的授田制度分析

单纯的制度是无法维系家族关系和父权的支配地位的，如果掌握了经济权利，情况则大有所不同。《二年律令》中的《户律》，单从条文上看，是有关户籍管理的，但其实质，是将户籍与田地联系在一起，户籍以田地为基础。户籍是家族在法律上的表现形式，国家以法律的形式将每个家族成员及其关系固定，并确定了家长的地位，即父权的地位。田地是封建国家存在和发展的经济命脉

---

① 〔意〕彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 25—126 页。

和基础。正如本书第三章所述，不论封建国家采取何种形式允许田地由私人所有，实质上君主是最大的地主。国家的最高统治者以国家的名义将田地以户籍即家族为单位授予家长，然后按其所使用田地的多少征收赋税，不仅使国家在经济上有所保障，另一个方面，在经济上给予了家族制度以根本性的支持，使父权从经济上得到了无可争议的保障。所以，户籍制度的研究应当是更深一步的有关经济关系方面的探索。《户律》的相关规定正是对这种深层次经济关系的反映，它确立了家族内部的经济关系，并使父权从经济上得到保障。我们先看其有关规定：

关内侯九十五顷，大庶长九十顷，驷车庶长八十八顷，大上造八十六顷，少上造八十四顷，右更八十二顷，中更八十（三一〇）顷，左更七十八顷，右庶长七十六顷，左庶长七十四顷，五大夫廿五顷，公乘廿顷，公大夫九顷，官大夫七顷，大夫五顷，不（三一一）更四顷，簪褭三顷，上造二顷，公士一顷半顷，公卒、士五（伍）、庶人各一顷，司寇、隐官各五十亩。不幸死者，令其后先（三一二）择田，乃行其余。它子男欲为

户,以为其□田予之。其已前为户而毋田宅,田宅不盈,得以盈。宅不比,不得。(三一三)

这一段规定了不同爵位和等级的人应当授田的数量,这样的规定使不同阶层的人在经济上有了差异。如果拥有田宅的人死亡,继承其地位的人首先有选择这些田地的权利,使家族的地位和权威的承袭在经济上有了保障。从"其已前为户而毋田宅,田宅不盈,得以盈"可推知,家族中的分家立户,田宅是否能够一同被分开,由家长决定;只有在家长死后,新任家长得到其与身份地位相符的田地后,其余的田宅才能由以前已分过户的人继承。

而那些没有户籍而拥有田宅的人,不论他们采取何种方式,一律要受到刑罚处罚,帮助这些人拥有田宅的,也要受到处罚。见简三二三、三二四的规定:

诸不为户,有田宅,附令人名,及为人名田宅者,皆令以卒戍边二岁,没入田宅县官。为人名田宅,能先告,除其(三二三)罪,有(又)畀之所名田宅,它如律令。(三二四)

同时,对父权的地位,在户籍的规定中也体现得淋漓

尽致。

为人妻者不得为户。……(三四五)

可见,作为妻子是不能单独为户,即不能为户主的。这是以法律的形式确定了父权在户籍中的地位,也就是说户籍是以父权为中心的。授田是以户为单位,将田地授给每户实际上是授予了家长,这样,男性的家长即父权拥有了家族的经济基础,在以农业生产为根本的中国封建社会,田地是生存的基础,由于父权通过法律手段牢固地掌握了一个家族的生存权,他在其他各方面的权利也就难以动摇了。

3. 主张妻子与其他家庭成员对家长的依附

在确立了父权绝对的家长地位以及经济地位的同时,《二年律令》的一些条款在家族其他成员对家长的依附性方面以法律形式进行了规定。《收律》中的一些内容明确地把这种确立依附关系的思想表现出来。

罪人完城旦舂、鬼薪以上,及坐奸府(腐)者,皆收其妻、子、财、田宅。其子有妻、夫,若为户、有爵,及年十七以上,若为人妻而弃、寡者,(一七四)皆勿收。……(一七五)

“子”，张简整理小组解释：“子，指子、女。”这条规定的意思是：对犯有一定罪的人犯，其妻子和年不满十七岁的儿女都要受到株连，这些人连同罪犯的财产和田宅一道，被国家没收。但是对已有的独立户籍成为另一个家庭的或者有爵位的等情况则不予没收。妻子和儿女如同家长的财产一样，随着家长被处置，这是一种何等紧密的人身依附和从属关系。

在睡简的《封诊式》的“封守”[①]条中，可见同样的内容：

> 乡某爰书：以某县丞某书，封有鞫者某里士五(伍)甲家室、妻、子、臣妾、衣器、畜产。·甲室、人：一(八)宇二内，各有户，内室皆瓦盖，木大具，门桑十木。·妻曰某，亡，不会封。·子大女子某，未有夫(九)。·子小男子某，高六尺五寸。·臣某，妾小女子某。·牡犬一。·几讯典某某、甲伍公士某某：“甲党(倘)有【它】(一〇)当封守而某等脱弗占书，且有罪。”某等皆言曰：“甲封具此，毋(无)它封者。”即以

① 《睡虎地秦墓竹简》整理小组注释：“封守，查封犯人的产业，看守犯人的家属。”见《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1990年版，第149页。

甲封付某(一一)等,与里人更守之,侍(待)令。(一二)

睡简整理小组的译文是:"乡某爰书,根据某县县丞某的文书,查封被审讯人某里士伍甲的房屋、妻、子、奴婢、衣物、畜牲。甲的房屋、家人计有:堂屋一间、卧室二间,都有门,房屋都用瓦盖,木构齐备,门前桑树十株。妻名某,已逃亡,查封时不在场。妇儿大女子某,没有丈夫。儿子小男子某,身高六尺五寸。奴某,婢小妇子某。公狗一只。查问里典某某,甲的四邻公士某某:'甲是否还有其他应加查封而某等脱漏未加登记,如果有,将是有罪的。'某等都说:'甲应查封的都在这里,没有其他应封的了。'当即将所封交付某等,要他们和同甲的人轮流看守,等候命令。"

在《封诊式》的这个"封守"中,罪犯的妻、子、财产、住宅都是依附子犯罪者木人的,只要犯罪者被法律追究,其妻、子、住宅等都要被一同追究。应当说,在秦朝的法律中,家族其他成员对家长的人身依附关系是被明确地确立着。《收律》的名称在睡虎地秦简中没有,但是关子犯罪者妻、子即家族成员对家长依附关系的规定秦律和汉《二年律令》中的规定基木相同,可见汉律对秦律的继承关系。需要指出的是,《收律》一名在汉以后至唐,没

有在法律中出现过。《二年律令》中的《收律》，篇幅不多，从简一七五至简一八〇共六枚简，内容正如李学勤所述："收律指对罪人妻子和财产田宅的没收"[①]。由此可以看出《收律》是一篇包含专门确立家族成员对家长依附关系内容的法律。

家族成员如同家长的田宅等财产一样，并对家长有强烈的人身依附关系的规定也可见于唐律。《唐律疏议·贼盗律》的"谋反大逆"条有："诸谋反及大逆者皆斩，父子年十六以上皆绞，十五以下及母女、妻妾、祖孙、兄弟、姊妹若部曲、资财、田宅并没官。"[②]可见，家族成员对家长的这种依附关系，秦、汉、唐律的法律思想及具体规定一脉相承。

4. 严罚亲属间犯罪

在对亲属间犯罪的处罚上，《二年律令》的规定十分严厉，但是由于被处罚者身份的不同，处罚的轻重也有所不同，从这些处罚，同时也能明显地看出家族等级观念。先看《二年律令》中《贼律》的有关内容。

> 子贼杀伤父母，奴婢贼杀伤主、主父母妻子，皆枭其首市。（三四）

① 李学勤：《简帛佚籍与学术史》，江西教育出版社2001年版，第196页。

② 长孙无忌：《唐律疏议》，中华书局1983年版，第321页。

子女伤害父、母,以及家中的奴、婢伤害主人及主人的父母、妻子、儿女,都处以死刑,在街市砍头。

> 子牧杀父母,殴詈泰父母、父母、叚(假)大母、主母、后母,及父母告子不孝,皆弃市。(三五)

"牧",《睡虎地秦墓竹简·法律答问》:"可(何)谓牧?欲贼杀主,未杀而得,为牧。"[①]"泰父母",张简整理小组注释:"泰,读如'大'。泰父,大父。《汉书·郑当时传》'然其知友皆大父行'注:'大父谓祖父'。大母,祖母。""叚大母",张简整理小组注释:"庶祖母或继祖母。""主母",张简整理小组注释:"主母,本为奴婢对女主人之称,此处疑指名义上有母子关系的女主人。"这段规定的意思是杀害父、母未遂,殴打谩骂祖父母、庶祖母或继祖母、继母,谩骂继母,以及父、母控告子女不孝,处以弃市的刑罚。

> 贼杀伤父母,牧杀父母,欧〈殴〉父母,父母告子不孝,其泰子为收者,皆锢,令毋得以爵偿、免除及赎。(三八)

---

① 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第111页。

对于伤害父、母，杀害父母未遂，殴打父、母，父母告子不孝的情况，罪犯的妻于、子女被没收的，都要被禁锢，他们的父母不能用爵位抵偿，不能免除其禁锢，不能适用“赎”。

妇贼伤、殴詈夫之泰父母、父母、主母、后母，皆弃市。（四〇）

妻子伤害、殴打、谩骂丈夫的祖父母、父母、继母等，都处以弃市的刑罚。

殴兄、姊及亲父母之同产，耐为隶臣妾，其奊訽詈之，赎黥。（四一）

“奊訽”，张简整理小组注释：“奊訽，《荀子·非十二于》作‘謑訽’，《吕氏春秋·诬徒》作‘谍诟’，《汉书·贾谊传徒》作‘奊诟’，王先谦《荀于集解》：‘詈辱也。’”对殴打兄弟组妹以及同母异父的兄弟姐妹，处以“耐为隶臣妾”，对辱骂这些人的行为，处以“赎黥”。

殴父偏妻父母、男子同产之妻、泰父母之同产，及夫父母同产、夫之同产，若殴妻之父母，皆

赎耐。其奊訽詈之，罚金(四二)四两。(四三)

“偏妻”指偏房。这段主要指对殴打和辱骂父亲偏房的父母、岳父母及一些“同产”之亲的处罚。

从前述简三八、四〇、四一、四二、四三的内容看，《二年律令》对伤害、辱骂不同关系的亲属的处罚差别很大。从残酷的死刑到罚金及赎刑，都分别予以适用，处罚最重的是对直系尊亲属进行伤害或辱骂，尤其是对父权的侵犯会受到死刑的处罚。这种对父权侵犯的问题在本文的前几章中已有所讨论。

在睡简的《法律答问》中也有：“‘殴大父母，黥为城旦舂’。今殴高大父母，可(何)论？比大父母。”[①]不过睡简中的这一条比张简的处罚要轻，张简中的这种情节要处以“弃市”。《唐律疏议·斗讼律》中有“殴缌麻兄姊”、“殴兄姊”、“殴詈祖父母父母”、“妻妾殴詈夫父母”、“妻妾殴詈故夫父母”以及“殴兄妻夫弟妹”等条，[②]规定的处罚也各有差别。如“殴詈祖父母父母”条：“诸詈祖父母、父母者绞，殴者斩；过失杀者流三千里，伤者徒三年。”“妻妾殴詈夫父母”条：“诸妻妾詈夫之祖父母、父

① 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1990年版，第111页。

② 长孙无忌：《唐律疏议》，中华书局1983年版，第411—417页。

母者,徒三年;(须舅姑告,乃坐。)殴者,绞;伤者,皆斩;过失杀者徒三年,伤者徒二年半。"[1]唐律中虽规定的处罚中有死刑,但是区分了殴打和辱骂以及故意与过失,只对故意殴的处以死刑。对比秦、汉、唐律的规定,汉律在这方面的处罚较重,秦律最轻,唐律注意区分了不同情节和性质。虽然各朝法律规定的处罚程度有所不同,但都体现了对亲属间犯罪进行严厉处罚的法律思想,并以维护家族等级制度为目的。

再看一下有关夫妻之间殴打伤害的规定。张简的《贼律》规定:

> 妻悍而夫殴笞之,非以兵刃也,虽伤之,毋罪;(三二)
>
> 妻殴夫,耐为隶妾。(三三)

同样是殴打,丈夫殴打妻子并造成身体伤害,不追究法律责任,但是妻子只要对丈夫进行殴打,就要受到处罚。睡简的《法律答问》中也有规定[2]:

---

① 长孙无忌:《唐律疏议》,中华书局1983年版,第414页。

② 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第112页。

妻悍,夫殴治之,夬(决)其耳,若折支(肢)指、胅体,问夫可(何)论?当耐。

丈夫殴打妻子并造成身体伤害,是要负刑事责任的。可见《二年律令》更加重视维护夫权在家庭中的地位,妻子作为丈夫的附属或"男尊女卑"的法律思想在《二年律令》中被强烈地表现出来。在《二年律令》中的《具律》还有规定:

□杀伤其夫,不得以夫爵论。(八四)

此规定是说如果妻子造成丈夫的人身伤害,不能够比照丈夫的爵位减免刑事处罚。在《具律》中,许多条文都规定妻子犯罪可以比照丈夫的爵位减免处罚,唯独这条规定取消了妻子的特权,因为妻子冒犯了"夫权",可见"夫权"的不可侵犯是《二年律令》法律思想的又一个特征。

5. 强调亲属间的性禁忌,严处违反者

对亲属间的性行为,历代法律都视为一种乱伦行为,或称"奸非罪",处罚极重。在中国的历史上,性的禁忌在父系家族内是非常严格的。《汉书·燕王泽传》中载:"定国与父康王姬奸,生子男一人。夺弟妻为姬。与子

女三人奸。……至元朔中，郢人昆弟复上书具言定国事。下公卿，皆议曰：'定国禽兽行，乱人伦，逆天逆，当诛。'上许之。定国自杀……。"[①]《二年律令》中《杂律》的相关规定，证明了汉书中的相关记载，也证明汉律对"奸非罪"的严厉处罚：

> 同产相与奸，若取（娶）以为妻，及所取（娶）皆弃市。其强与奸，除所强。（一九一）

同母异父的人通奸，或者结婚，夫妻双方都处以"弃市"。对于强奸的，免除对被强迫人的处罚。再看另一条的规定：

> 复兄弟、孝〈季〉父柏（伯）父之妻、御婢，皆黥为城旦舂。复男弟兄子、孝〈季〉父柏（伯）父子之妻、御婢，皆完为城旦。（一九五）

"复"，张简整理小组注释："复，报。《左传・宣公三年》'文公报郑子之妃曰陈妫'注：'郑子，文公叔父子仪也。汉律淫季父之妻曰报。'""御婢"指与男主人有性关

① 班固：《汉书》卷三十五，《燕王泽传》，中华书局1962年版，第1903页。

系的婢女。这段规定了与兄弟、叔父等的妻子发生性关系的处罚。

从上述《二年律令》的规定可知,对近亲之间尤其是有血亲关系的亲属之间通奸的行为处罚极重,一般都处以死刑。其实,"同产相与奸"的规定在秦律中已经存在,汉律的规定应当是对秦律的继承。在睡简的《法律答问》中有[1]:

同母异父相为奸,可(何)论?弃市。(一七二)

意思是:同母异父的人通奸,如何论处?处以"弃市"的刑罚。

对于近亲通奸进行严厉刑罚的处置,一直延续至唐朝及其以后,在《唐律疏议·杂律》中,可见"奸缌麻以上亲"、"奸从祖母姑"、"奸父祖妾"的规定:

诸奸缌麻以上亲及缌麻以上亲之妻若妻前夫之女及同母异父姊妹者徒三年,强者流二千里,折伤者绞。妾减一等。

---

① 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第134页。

这里的"缌麻以上亲及缌麻以上亲之妻"不包括从祖祖母姑、从祖伯叔母姑、从父姊妹、从母、兄弟妻、兄弟子妻及伯叔母、姑、姊妹、子孙妇、兄弟之女、父祖妾。对这些人有下述规定：

> 诸奸从祖祖母姑、从祖伯叔母姑、从父姊妹、从母及兄弟妻、兄弟子妻者流二千里，强者绞。【疏】议曰："从祖祖母姑"，谓祖之兄弟妻若祖之姊妹；从祖伯叔母姑，谓父之堂兄弟妻及父之堂姊妹，"从父姊妹"，谓已之堂兄姊妹；"从母"，谓母之姊妹；及兄弟之妻。
>
> 诸奸父祖妾、（谓曾经有父祖子者）伯叔母、姑、姊妹、子孙之妇、兄弟之女者，绞。即奸父祖所幸婢，减二等。

在上述唐律中，与秦、汉律最大的不同是对同母异父的人通奸的处罚，秦、汉律对此皆处以"弃市"，而唐律的规定较轻。但从这些规定的总体来讲，唐律的规定比较细，对于亲属间性行为的有关亲属的范围比《二年律令》广。这可能是由于《二年律令》只是当时的律令摘抄所致。但就唐律对近亲通奸进行严厉处罚以及不同等亲的处罚不同这些法律原则来讲，应当是对《二年律令》有关

法律原则的继承。而《二年律令》中的一些法律原则，则来自于秦律。这种秦、汉至唐的法律原则的承袭在此清晰可见。

应当指出的是，在上述的奸非罪中，无论尊卑长幼，只要是通奸，对双方的处分完全相同，可以说亲属间的性禁忌是每一个家族成员都必须遵守的义务，违反这个义务的被视为淫乱，处罚甚为严厉，男女双方是同坐的。这些法律的有关规定也恰恰体现了《大戴礼记・本命》所云："大罪有五：逆天地者，罪及五世；诬文武者，罪及四世；逆人伦者，罪及三世；诬鬼神者，罪及二世；杀人者，罪止其身，大罪有五，杀人为下。"[①]从远古的时代开始，中国就有了这样一种思想观念：违犯禁忌的行为是比杀人还要严重的。中国古代的法律也被深深地打上了这样的烙印。

6. 允许并支持家族成员的容隐

鼓励人们对违法犯罪行为的告发，这是国家以及法律所提倡的，法律甚至对发现犯罪行为而不告发要进行追究，并出现了"连坐"等制度。但从家族和伦理的角度，这完全成了另一回事。《论语・于路》中，有："父为

① 王聘珍：《大戴礼记解诂》，中华书局 1983 年版，第 256 页。

子隐，子为父隐。”[①]《汉书·宣帝纪》载，汉宣帝本始四年诏：“父子之亲，夫妇之道，天性也，虽有祸患犹蒙死而存之，诚爱结于心，心厚之至也，岂能违之哉！自今子首匿父母，妻匿夫孙匿大父母，皆勿坐；其父母匿于，夫匿妻，大父母匿孙，罪殊死，皆上请，廷尉以闻。”[②]这些容隐的观念应当是典型的儒家思想的反映。《二年律令》中《告律》的有关规定恰恰反映了这种容隐思想。

> 子告父母，妇告威公，奴婢告主、主父母妻子，勿听而弃告者市。(一三三)

“威”，张简整理小组注释：“威，婆母。”对于家族内部成员的子女控告父母、媳妇控告公婆，奴婢控告主人及主人的父母、妻子儿女，都不受理。这实际上从法律角度确定了容隐制度，这条规定是对容隐思想的强烈反映。实际上，出土的睡简中《法律答问》的内容比《二年律令》的相关内容详细和完整，汉初《二年律令》的规定应当承自于秦律。

《法律答问》中的“公室告”和“非公室告”将容隐的

① 朱熹：《四书集注》，岳麓书社 1985 年版，第 178 页。

② 班固：《汉书》卷八，《宣帝纪》，中华书局 1962 年版，第 251 页。

法律制度和思想反映得相当清晰[1]：

> “公室告”【何】殹（也）？“非公室告”可（何）殹（也）？贼杀伤、盗它人为“公室”；子盗父母，父母擅杀、刑、髡子及奴妾，不为“公室告”。（一〇三）
>
> “子告父母，臣妾告主，非公室告，勿听”。·可（何）谓“非公室告”？主擅杀、刑、髡其子、臣妾，是谓“非公室告”，勿听。而行告，告者罪。告【者】罪已行，它人有（又）（一〇四）袭其告之，亦不当听。（一〇五）

上述的“公室告”类似于现代法律中的“公诉”的概念，它侵犯的是国家利益，国家必须追究其责任，如杀伤及盗窃他人。“非公室告”的规定类似于现代法律中不予受理的案件，如家长对其子女和奴婢擅自杀害、施刑或髡剃。法律对家族内部的容隐的范围和条件规定得非常清楚。《二年律令》中《告律》简一三三的内容，实际上是对“非公室告”的继承。这种法律思想和原则在《唐律疏议·斗讼律》中也有所体现，其卷二三有“告祖父母父

① 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1990年版，第117、118页。

母”条：“诸告祖父母、父母者，绞。（谓非缘坐之罪及谋反以上而故告者。下条准此。）”[①]卷二四有“告期亲尊长”条：“诸告期亲尊长、外祖父母、夫、夫之祖父母，虽得实徒二年，其告事重者减所告罪一等；即诬告重者，加所诬罪三等。告大功尊长各减一等，小功缌麻二等；诬告重者，各加所诬罪一等。”[②]

以卑犯尊，违背了礼经“起敬起孝”的本义，与“同居相隐”的思想大相径庭，严重破坏了封建宗法和家庭秩序，尤其是子告父母、祖父母的行为，从秦开始便为法律所禁止，并对控告人追究法律责任。《二年律令》中将其列为重罪，控告者按律应处以死刑，唐律亦然。《汉书·衡山王刘锡传》中的记载也印证了《二年律令》中的规定：“衡山王即上书谢病，上赐不朝。乃使人上书请废太子爽，立孝为太子。爽闻，即使所善白赢之长安上书，言衡山王与子谋逆，……公卿请遣宗正、大行与沛郡杂治王。王闻，即自杀。孝先自告反，告除其罪。孝坐与王御婢奸，乃后徐来坐蠱前后乘舒，及太子爽坐告王父不孝，皆弃市。”[③]

但是，法律中的容隐制度和原则到了唐朝发生了一

① 长孙无忌：《唐律疏议》，中华书局1983年版，第432页。

② 长孙无忌：《唐律疏议》，中华书局1983年版，第435页。

③ 班固：《汉书》卷四十四，《衡山王传》，中华书局1962年版，第2156页。

些变化，我们先看一下《唐律疏议·斗讼律》中“告祖父母父母”的完整内容：“诸告祖父母、父母者，绞。（谓非缘坐之罪及谋反以上而故告者。下条准此。）【疏】议曰：父为子天，有隐无犯。如有违失，理须谏诤，起敬起孝，无令陷罪。若有忘情弃礼而故告者，绞。注云‘谓非缘坐之罪’，缘坐谓谋反、大逆及谋叛以上，皆为不臣，故子孙告亦无罪，缘坐同首法，故虽父祖听捕告。若故告余罪者，父祖得同首例，子孙处以绞刑。下条准此者，谓告期亲尊长，情在于恶，欲令入罪而故告之，故云‘准此’。若因推劾，事不获免，随辩注引，不当告坐。”“即嫡、继、慈母杀其父，及所养者杀其本生，并听告。【疏】议曰：嫡、继、慈母者，名例并已释讫。此等三母杀其父，及所养父母杀其所生父母，并听告。若嫡、继母杀其所生庶母，亦不得告。故律文但云杀其父者听告。”[①]

上述律文及疏议的核心内容是：孙告祖父母、父母，不论所告是事实还是诬告，都处以绞刑。而被控告的祖父母和父母，即使确实有其罪，也以自首处理，不予追究。但是有而种例外：第一，子孙控告祖父母、父母犯有谋反、大逆以及谋叛以上的罪，不但允许子孙捕告，而且一经核实，被控告的祖父母、父母按律处以死刑，子孙则依照自

① 长孙无忌：《唐律疏议》，中华书局1983年版，第432页。

首的有关规定免去其缘坐的罪名。可见，亲属间的互相容隐对谋反、大逆和谋叛不适用。在一般情况下，家族与国家、忠与孝是相互扶持的，一旦当它们之间发生冲突，国家和皇帝的利益高于一切，是不适用容隐的。这应当是自秦、汉以来容隐思想的一个发展。第二，于孙告嫡、继、慈母杀生父及养父母杀亲生父母之罪，不仅允许子孙控告，在核实后必须追究上述杀人者的罪行。这样规定的原因是由于“父为于天，夫为妻天”的思想观念。嫡、继、慈母杀生父是妻杀夫，本质上已经违反了“夫为妻天”，属于不义。养父母是比不上有血缘关系的生父母，所以可以控告。这样者来，它也是从根本上不违反容隐的。

韩国学者金烨在其“秦简中所见之‘非公室告’与‘家罪’”[1]一文中认为容隐始于孔于的理想，是受儒家学说的影响形成的。秦、汉、唐律中的规定证明了这一点。由此可见《二年律令》在这方面有受儒家思想影响的痕迹。有学者认为容隐来自于古老的习惯[2]的观点是值得商榷的。

① 《中国史研究》1994年第1期。

② 曹旅宁：《秦律新探》，中国社会科学出版社2002年版，第92页。

二、有关奴婢的法律思想

1. 视奴婢如财产

在中国古代,奴婢一般是不具有普通平民所享有的权利的。这种不平等的法律地位,在历代的法律中都有所体现。《二年律令》多处有关于奴婢地位的规定。下面将对其加以具体分析。

《二年律令》的《贼律》中有这样的内容:“……其子有罪当城旦舂、鬼薪白粲以上,(三五)[及]为人奴婢者,父母告不孝,[勿][听]。……(三七)”如本书前述,不孝在诸多罪名中是重罪的一种,要给予严厉的处罚,但是这一条规定奴婢因为不孝而受到控告,有关机关不予受理,可见奴婢不具备法律上的诉讼主体资格,不承担诉讼主体做出某种行为而应当承担的法律后果。不具备诉讼主体资格,不承担相应的法律后果的义务,当然也就没有法律上的诉讼权利,见《告律》:“子告父母,妇告威公,奴婢告主、主父母妻子,勿听而弃告者市。(一三三)”奴婢控告主人或主人的父母及妻于、儿女,不仅国家机关不予受理,还要因为违反了不敬不孝的法律原则被处以极刑。既然奴婢没有诉讼的权利,不具备法律上的诉讼主体资格,实

际上也可以说不具备法律上的人格权。那么,其实际的法律地位是怎样的呢?在《汉书·武五子王传》中有汉宣帝时昌邑哀王"昧死奏名籍及奴婢财产簿"的记载。[①]由此可见,奴婢是不入户籍的,不具有普通平民的身份和地位,与财产被划分为一类。在居延新简《甘露二年丞相御史书》中也有这样的记载:"主死,绝户,奴婢没入诣官。"证明了奴婢不入户籍,与财产处置相同。

在睡简和《唐律疏议》中,也有对奴婢与财产等同的规定。先看睡简的《法律答问》:"可(何)谓'家罪'?父子同居,杀伤父臣妾、畜产及盗之,父已死,或告,勿听,是胃(谓)'家罪'……(一〇八)"[②]"'夫有罪,妻先告,不收。'奏朕(媵)臣妾、衣器当收不当?不当收。(一七〇)"[③]"妻有罪以收,奏朕(媵)臣妾、衣器当收,且畀夫?畀夫(一七一)。"在这里,"臣妾"应当指的是奴婢。[④] 奴婢与牲畜、衣物用器等财产并称一同处理。再看睡简的《厩苑律》:"将收公马牛,马【牛】死看,丞谒死所县,县丞诊而入之,

---

① 班固:《汉书》卷六十三,《昌邑哀王传》,中华书局1962年版,第2768页。

② 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第119页。

③ 同上书,第133页。

④ 《睡虎地秦墓竹简》公布后,对隶臣妾的性质进行过多次讨论,观点有两种:一是官奴婢;一是刑徒,但《睡虎地秦墓竹简》小组的释文中理解为"奴婢",笔者同意此观点。值得注意的是,在《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》中,"隶臣妾"是一种刑罚名,笔者认为,这与被处罚的人的身份不矛盾,被处以"隶臣妾"的人在官府作为奴婢服刑应当是正常的。

其人之其弗亟而令败者,令以其未败直(值)赏(偿)之。其小隶臣(一六)疾死者,告其□□之;其非疾死者,以其诊书告官论之。……(一七)"[1]首先,将奴婢的处置列入了《厩苑律》。《厩苑律》,睡简整理小组注释:"厩苑律,管理饲养牲畜的厩圈和苑囿的法律。"将奴婢归入了与牲畜是一类的范畴。其次,从具体的规定可见,奴婢与牲畜并称,并在同一规定中处理。

秦律中奴婢被视为牲畜、财产为汉律所继承,同时也被唐律所沿袭。《唐律疏议・名例律》中有非常明确地将奴婢视为畜产的规定。其中的"以赃入罪"条疏议曰:"及生产蕃息者,谓婢产子,马生驹之类。"[2]"官户部曲官私奴婢有犯"条疏议曰:"奴婢贱人,律比畜产,相杀虽合偿死,主求免者,听减。"[3]

虽然奴婢不具有法律上的人格权,被视同财产,但奴婢可以结婚,相互之间或与平民之间的婚姻也是被允许的。这是一种很特殊的现象,也是中国封建社会有关制度的特点,由此也引起了关于奴婢子女的身份地位的问题。对此,《二年律令》作了比较详细的规定。在《杂律》的简一八八条中有:"民为奴妻而有子,子畀奴主;若为

---

① 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社 1990 年版,第 24 页。

② 长孙无忌:《唐律疏议》,中华书局 1983 年版,第 88 页。

③ 同上书,第 131 页。

它家奴妻,有子,子畀婢主,皆为奴婢。""畀",给予。这条规定实际上是确认奴婢子女的归属,即将奴婢的子女视为财产并在其出生后确认这个财产所有权的关系。平民为男奴的妻子,她和这个身份为奴的丈夫所生的子女归男奴的主人;主人和婢女通奸,如果婢女是其他人家男奴的妻子,所生的子女归婢女的主人,他们的身份都是奴婢。上述情况实际上包含有两种法律关系,第一,婚生子女的父亲如果是奴隶,那么其子女出生后的身份也是奴隶,归父亲的主人所有。子女的身份由父亲决定。第二,主人与奴婢通奸所生的非婚生子女,身份也是奴隶,其所有权归奴婢的主人所有,即使该奴婢的丈夫是其他家的男奴。应当说,非婚生子女的身份是由其母亲决定的,如果母亲是奴婢,所生的非婚生子女的身份也是奴婢。这一点其简一八九条可以明显地与简一八八条相互印证。"奴与庶人奸,有子,子为庶人。"即奴隶(男性)与平民(女性)通奸,所生子女应具有平民的身份地位。

从上述分析可见,不论是奴婢还是平民,婚生子女的法律地位由其父亲决定,非婚生子女的法律地位由其母亲决定。父亲是奴隶,母亲是庶人,其婚生子女是奴婢;父亲是奴隶,母亲是庶人,其非婚生子女是庶人;父亲是庶人,母亲是奴婢,其非婚生子女是奴婢。

在秦律中,也有规定说明婚生子女的法律地位由父

亲来决定。在睡简的《法律答问》中有："女子为隶臣妻，有子焉，今隶臣死，女子北其子，以为非隶臣子殹（也），问女子论可（何）殹（也）？或黥颜頯为妻妾，或曰完，完之当殹（也）。（一七四）"[①]"北"，睡简整理小组的注释是："北，《三国志·虞翻传》注：'古别字。'此处指将其子自家中分出。"[②]对整条规定的译文是："女子为隶臣之妻，有子，现隶臣已死，女子将其子从家中分出，作为不是隶臣之子，问女子应如何论处？有的认为应在额上和颧部刺墨，作为隶妾，有的认为应处以完刑，处完刑是妥当的。"[③]这条不仅说明婚生子女的法律地位由父亲决定，也可看出擅自改变子女奴婢的身份是要受到法律制裁的。

《二年律令》中关于奴婢所生子女身份地位的规定更加具体和科学，同时，这些规定也区分了婚生子女和非婚生子女的情况，婚生子女的法律地位由父亲的身份决定，非婚生子女的法律地位由母亲的法律地位决定，这可以说是汉律中所体现的一个重要的有关婚姻家庭关系的法律原则。此原则也对如何因出生而具有奴婢身份的情况和法律准则作了规定。

---

① 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社 1990 年版，第 134 页。

② 同上。

③ 同上。

2. 限制奴婢与平民的婚姻,严惩"奸非"

有关奴婢阶层与平民的婚姻,在这里主要以《二年律令》及《杂律》中简一九〇号为基础进行分析:

> 奴取(娶)主、主之母及主妻、子以为妻,若与奸,弃市,而耐其女子以为隶妾。其强与奸,除所强。(一九〇)

这一条对男性奴隶的婚姻作了规定。男性奴隶娶女主人或主人的母亲、妻子、女儿为妻,或者与她们通奸,处以"弃市",那些与他结婚或通奸的,处以耐并罚为"隶妾"。如果有强奸行为,免除对被强迫的人的处罚。可见,男性奴隶是不能与女主人等结婚的,也不能有性行为,否则会被处以极刑,与之有婚姻或性关系的女主人等,也要被处以刑罚并被改变原有的身份,但是被强迫的可以免除这种处罚。严格保护封建等级制度的法律思想被充分地体现。男性奴隶绝对不能超越自己的等级与"主人"阶层的女性有婚姻关系和性的关系,否则会付出自己生命的代价,被剥夺生命权。再看:

> 诸与人妻和奸,及其所与皆完为城旦舂。其吏也,以强奸论之。(一九二)

强与人奸者，府（腐）以为宫隶臣。（一九三）

这是对平民阶层之间通奸和强奸的处罚。不具有奴婢身份的平民之间通奸，对双方只处以“完为城旦舂”的处罚，比对具有平民身份的人与奴隶通奸的处罚要轻，比有此行为的奴隶的处罚要轻得多；对强奸的人，处以宫刑并将身份变为隶臣。但奴隶不论是与其女主人等通奸还是强奸，都要被处以极刑。

在睡简的《法律答问》中有：“臣强与主奸，可（何）论？比殴主。……（七五）”[①]唐律中也有相类似的条款。《唐律疏议·杂律》中有“奴奸良人”条：“诸奴奸良人者徒二年半，强者流，折伤者绞。其部曲及奴奸主与主人之期亲若期亲之妻者绞，妇女减一等；强者斩。即奸主之缌麻以上亲及缌麻以上亲之妻者流，强者绞。”[②]可见，与女主人等通奸或强奸女主人等都要处以死刑，只不过处以死刑的方式不同。唐律的这个规定可以说完全承袭了《二年律令》相关规定的法律思想，严惩“奸非”。至于婚姻方面，《唐律疏议·户婚律》有“奴娶良人为妻”条：“诸与奴娶良人女为妻者，徒一年半；女家，减一等，离之。其

① 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1990年版，第111页。

② 长孙无忌：《唐律疏议》，中华书局1983年版，第495页。

奴自娶者，亦如之。主知情者，杖一百；因而上籍为婢者，流三千里。"疏议曰："人各有耦，色类须同。良贱既殊，何宜配合。"[①]在法律中明确将人分为不同等级，并适用不同的法律规定。既然此条规定了男奴不能与良人通婚，否则知情或提供帮助的主人以及女家都要受到刑事处罚，那么男奴与女主人等通婚更是不可能的事。

从上述的汉、唐的法律规定看，奴婢与良人通婚，混淆了良贱，是破坏社会等级制度的行为，违反了其法律的基本原则，为统治阶级的利益所不容。所以，必须要在法律中把社会最底层的人的地位以法律形式固定下来。

3. 主张奴婢的犯罪主人不"连坐"

"连坐"是秦汉盛行的一种制度，家族成员间的"连坐"在《二年律令》中多处有所体现。那么奴婢犯罪，是否也要"连坐"其亲属？更重要的是，是否会"连坐"自己的主人呢？在《二年律令》的《收律》中，规定：

> 奴有罪，毋收其妻子为奴婢者。……（一八〇）

奴隶有罪，不"连坐"其妻子儿女。既然他的妻子、

① 长孙无忌：《唐律疏议》，中华书局1983年版，第269页。

儿女都不"连坐",那么可以推知,也不会"连坐"他的主人。原因是什么呢?如本节前面所述,奴婢在法律上是没有民事主体资格的,被法律视为主人的私有财产,对于财产来讲,如果它给别人造成了损害,主人一般应负的是民事赔偿责任,如同畜犬给他人造成了损害主人应当承担的责任一样,面绝不可能"连坐",如果"连坐"主人,从法理上也是讲不通的,虽然在《汉书·原涉传》中有以下记载①:

……遣奴至市买肉,奴乘涉气与屠争言,斫伤屠者,亡。是时,茂陵守令尹公新视事,涉未谒也,闻之大怒。知涉名豪,欲以示众厉俗,遣两吏胁守涉。至日中,奴不出,吏欲便杀涉去。涉迫窘不知所为。会涉所与期上冢者车数十乘到,皆诸豪也,共说尹公。尹公不听,诸豪则曰:"原巨先奴犯法不得,使肉袒自缚,箭贯耳,诣廷门谢罪,于君威亦足亦。"尹公许之。涉如言谢,复服遣去。

但是从这个记载并不能证明奴婢犯法,主人必须连

① 班固:《汉书》卷九十二,《原涉传》,中华书局1962年版,第3717页。

坐,何况也没有引用当时的任何法律。

《贼律》简三〇的内容也可说明奴婢犯法,主人不"连坐":

奴婢殴庶人以上,黥頯,畀主。(三〇)

奴婢殴打庶人及庶人以上等级的人,处以黥頯,交还给其主人。这条规定,只惩罚奴婢,没有提到主人如何承担责任,而且在惩罚奴婢以后,还要把奴婢交还给主人。我们看一下秦朝法律的规定。睡简的《法律答问》中有:"人奴擅杀子,城旦黥之,畀主。(七三)"[①]睡简整理小组的译文是:"私家奴婢擅自杀子,应按城旦的样子施以黥刑,然后交还主人。"对擅自杀子的奴婢的犯罪行为,只提到如何对奴婢如何处罚,处罚后交还主人,根本未涉及主人应当承担什么样的责任。再看《法律答问》中的另一条规定:"'盗及者(诸)它罪,同居所当坐。'可(何)谓'同居'?户为'同居',坐隶,隶不坐户谓殹(也)。(二二)"[②]整理小组的译文是:"'盗窃和其他类似犯罪,同居应连坐。'什么叫'同居'?同户就是'同居',但奴隶犯

① 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第110页。

② 同上书,第98页。

罪,主人应连坐,主人犯罪,奴隶则不连坐。"对这个译文有一种完全不同的观点,认为,奴隶犯罪不连坐主人。主要理由是"秦律中的同居一定要是在同一名籍即户籍中的亲属"[①]。刘海年在其"秦律刑法考析"中也认为:"奴隶犯罪不连坐主人。"[②]笔者认为,这种观点是正确的。首先是前面提到了奴婢不入户籍的问题,其次是奴婢在家庭如同畜产,没有法律主体资格,谈不上"连坐"的问题。即使因主人犯罪被处理,也是视同主人的财产一样。那么,法律中对奴婢的处罚如何解释呢?奴婢是自然人,这是不可否认的,具有不同于其他动物和财产的自己的特性。即使在法律中不赋予其主体资格,不是法律意义上的"人",但其人的特性是不可否认和改变的。所以,在奴婢触犯了法律的一些禁止性和强制性规定时,对其进行一些与具有法律主体资格的"人"的相同的惩罚方式是合情合理的,但这种惩罚与一般意义上的对具有法律主体资格的人的惩罚在根本性质上不同。这不是对具有法律主体资格的人的处罚,而是对奴婢这种特殊财产的惩罚方式。所以,奴婢根本不存在"连坐"主人和因主人"连坐"的法律问题。

---

① 曹旅宁:《秦律新探》,中国社会科学出版社 2002 年版,第 102 页。

② 刘海年:"秦律刑罚考析",《云梦秦简研究》,中华书局 1981 年版。

再看唐对此问题的规定,《唐律疏议·贼盗律》的"谋反大逆"条有:"诸谋反及大逆者,皆斩;父子年十六以上皆绞,十五以下及母女、妻妾(子妻妾亦同)、祖孙、兄弟、姊妹若部曲、资财、田地宅并没官,男夫年八十及笃疾、妇人废疾看并免;(余条妇人应缘坐者,准此)伯叔父,兄弟之子皆流三千里,不限籍之同异。""【疏】议曰:……故谋反及大逆者皆斩,……祖孙、兄弟、姊妹若部曲、资财、田地宅并没官,……奴婢同资财,故不别言。……"[①]主人犯罪,不"连坐"奴婢,因为视其为财物,那么奴婢犯罪,也就因为他们如财物而不应当"连坐"其主人了。所以在《唐律疏议·斗讼律》中我们可以见到这样的内容:"道士及妇人若部曲奴婢反逆者止罪其身。""奴婢获罪,主得免科。"[②]

因此,综合分析秦、汉、唐律的有关内容,奴婢犯罪,是不"连坐"其主人的,其根本原因就在于奴婢的法律地位,在法律上,他们不是法律关系的主体,不具有法律主体的资格,他们被等同于财物,是随主人的财产一同处置的,但由于奴婢自身的特殊性——他们是自然人,具有人的特性,所以,法律在不承认其主体资格的情况下,规定

① 长孙无忌:《唐律疏议》,中华书局1983年版,第321页。

② 同上书,第438页。

了一些特殊的规范奴婢的规则。不能因为有了这些规则就认为他们具有了法律上的主体资格,这是两种完全不同性质的问题。

4. 重视奴婢的"伤害"、"杀害"家族成员等刑事犯罪

奴婢虽然不能作为法律关系的主体而享有权利和承担义务,虽然在法律上奴婢被视同主人的财产,但是却要受到与普通法律关系主体一样的处罚,这是由其本身的人的属性和其"特殊地位"决定的。由于奴婢法律地位的特殊性,对他们的处罚一般较庶人及其以上的阶层重且严厉。先看《贼律》简四四、四五:

> ▨母妻子者,弃市。其悍主而谒杀之,亦弃市;谒斩若刑,为斩、刑之。其奊诟詈主、主父母妻(四四)□□□者,以贼论之。(四五)

上述内容应当是指奴婢殴打、威胁主人,主人请求杀掉他们,就处"弃市",主人请求斩其左、右趾或其他处罚,依照主人的请求处罚;如果谩骂主人或主人的父母、妻子等,按照"贼"来论处,处罚可谓极为严厉。由此规定可见,对于奴婢对家长和家族其他成员犯罪,主人虽然没有完全的杀死奴婢的或施以一些其他处罚的权利,但是可以告官来杀死奴婢或给奴婢其他处罚。一般称之为

"谒杀法"。张家山汉简的《奏谳书》的案例六也是谒杀法内容的体现[1]：

> 汉中守潚(谳)：公大夫昌苔(笞)奴相如，以辜死，先自告。相如故民，当免作少府，昌与相如约，弗免，已狱治不当为昌错告不孝，疑罪。·廷报：错告，当治。

该案说明，如果昌事先报官，再笞奴相如至死，是无罪的。但是昌先笞相如，致相如死亡，后自告相如"不孝"，目的是免除自己受刑事处罚，最后廷报认为："错告，当治"，即应当受刑事处罚。整个过程说明家长有权在履行报官的程序后将奴隶谒杀，这个法律原则在秦时已有，睡虎地秦简的《封诊式》中有两个案例"告臣"和"黥妾"可说明此问题，这里只举一例[2]：

> 黥妾　　爰书：某里公士甲缚诣大女子丙，告曰："某里五大夫乙家吏。丙，乙妾殹(也)。乙使甲曰：丙(四二)悍，谒黥劓丙。"·讯丙，辞曰

---

① 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》，《奏谳书》，文物出版社2001年版，第216、217页。

② 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1990年版，第155页。

“乙妾殹(也),毋(无)它坐。”·丞某告某乡主:某里五大夫乙家吏甲诣乙(四三)妾丙,曰:“乙令甲谒黥劓丙。”其问如言不然?定名事里,所坐论云可(何),或覆问毋(无)(四四)有,以书言。(四五)

这则案例就讲了乙请求官府处理强悍的婢女的过程,记录得很详细,将家长可以报官对有威胁主人的奴婢谒杀的一些条件和程序全面地进行了反映。

唐也不乏对有罪奴婢谒杀的条款,《唐律疏议·斗讼律》中有“主杀奴婢”条[①]:

诸奴婢有罪,其主不请官司而杀者,杖一百。无罪而杀者,徒一年。(期亲及外祖父母杀者,与主同。下条部曲准此。)

可见,对有罪的奴婢,家长有处罚权,但要报请官司。再看其“部曲奴婢过失杀伤主”条[②]:

---

① 长孙无忌:《唐律疏议》,中华书局1983年版,第406页。

② 同上书,第407页。

诸部曲、奴婢过失杀主者绞，伤及詈者流。殴主之缌麻亲徒一年，伤重者各加凡人一等，小功、大功递加一等，（加者，加入于死。）死者皆斩。

唐律的这条规定较《二年律令》的规定来说，处罚没有那么严酷，但也是相当重的，对于那些“辱骂”、“伤害”或“杀害”主人的奴婢绝不姑息。从秦、汉、唐在这个方面的法律规定可见对奴婢“伤害”或“杀伤”家族成员等刑事犯罪进行严厉处罚的法律思想，它们也是一脉相承的，有着明显的承袭关系。

三、《置后律》与其继承法律思想

《置后律》的内容主要涉及爵位的继承问题，同时，必然会关系到家长地位的继承问题。对“后”字的理解，许多学者有不同的看法。在曹旅宁的《秦律新探》中，认为指的是“继承人”，并进行了论证。他引用了张简《奏谳书》中的案例二十一，一个西汉初年的案例，案例涉及当时有关继承的法律，律文的原文是：“故律曰：死夫(?)以男为后，毋男以父母，毋父母以妻，毋妻以子女为后。”与此律文有关的案例的内容是：“皆曰：律，死置后之次；

妻次父母;……以律置后之次人事计之,……妻之为后次夫父母……"[①]通过这个材料以及睡简《秦律杂抄》的内容,归纳出"后"就是"继承人"。另外,张建国在其"秦汉时一条珍贵的有关继承权的律文"[②]中,认为上述律文是"规定了继承法定顺序,即案例里所说的'置后之次'"。笔者基本同意他们的观点,认为《置后律》不仅是有关爵位继承的规定,还有关于民事继承的问题,反映出一定的继承法律思想。《置后律》的律文可充分说明这一点:

> 疾死置后者,彻候后子为彻候,其毋适(嫡)子,以孺子□□□子。关内侯后子为关内侯,卿侯〈后〉子为公乘,【五大夫】后子为公大夫,公乘后子为官(三六七)大夫,公大夫后子为大夫,官大夫后子为不更,大夫后子为簪褭,不更后子为上造,簪褭后子为公士,其毋适(嫡)子,以下妻子、偏妻子。(三六八)

这段内容对病死并有爵人的爵位继承作了规定。最后一句"其毋适(嫡)子,以下妻子、偏妻于",说明在没有

① 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》,文物出版社2001年版,第227页。

② 张建国:"秦汉时一条珍贵的有关继承权的律文",《法学研究》1996年第5期。

原配妻子的儿子的情况下,"下妻"(小妻——睡简整理小组注)的儿子是继承人,然后是偏妻的儿子。把爵位的继承顺序进行了规定。再看下一段:

> □□□□为县官有为也,以其故死若伤二旬中死,皆为死事者,令子男袭其爵。毋爵者,其后为公士。毋子男以女,毋女(三六九)以父,毋父以母,毋母以男同产,毋男同产以女同产,毋女同产以妻。诸死事当置后,毋父母、妻子、同产者,以大父,毋大父(三七〇)以大母与同居数者。(三七一)

理解此部分的内容,首先要解决的是"事"的含义。简三六七、三六八是对"疾死"即病死的人的爵位继承的规定,这部分(简三六九、三七〇、三七一)是对"事死"的规定,虽然简文有缺残,但可推断"事"是公事,"事死"是因公死亡。在官府做事,因此死亡或受伤在二旬时间以内死亡的,都是因公死亡,其儿子可继承其爵位,没有爵位的,他的继承人可为公士。除了上述关于《置后律》中确定有继承顺序的规定、因病死亡爵位继承、因公死亡爵位继承的规定及原则外,还规定了遗腹子有继承爵位和家长地位的权利:

死，其寡有遗腹者，须遗腹产，乃以律为置爵、户后。（三七六）

对遗腹子继承权的确定的规定，无疑是一个有着较高法律技术的立法原则，又一次说明《二年律令》高超的立法技术和丰富的法律原则。再看一下有关继承时效的规定：

父母及妻不幸死者已葬卅日，子、同产、大父母、父母之同产十五日之官。（三七七）

父母和妻子在安葬完后三十日之内，子女、同产、祖父母、祖父母的同产在安葬完毕后十五日之内到官府办理继承。对不同亲属关系的人适用不同的时效规定，应当是考虑守孝的时间问题，体现了法律的人性化特点，这在中国古代的法律中是少有的。另外，置后即继承的办理，是由富府承办的，有他规定可对此进行证明，见《置后律》的简三八九："当置后，留弗为置后过旬，尉、尉史主者罚金各□两。"这条不仅反映办理继承的官员是哪些，还说了官员办理置后的时效，逾期官员会受到处罚。

值得特别注意和研究的是奴婢的置后。从本书前面

专门对奴婢的分析可知,奴婢是不具备法律关系主体资格的,在法律上被确认为主人的畜产之类。但是,在置后中,奴婢可因置后而免为庶人,并为家族的家长即"户后":

> 死毋后而有奴婢者,免奴婢以为庶人,以[庶]人律□之[其]主田宅及余财。奴婢多,代户者毋过一人,先用劳久、有(三八二)□□子若主所言吏者。(三八三)

一个自然人死亡之后没有继承人的,其财产是无人继承的财产,又称绝产。无人继承的财产一般收归国家所有,这是现代法律的一个重要原则。至于爵位,一般是随拥有爵位的主体即拥有爵位的人的死亡而传给其继承人;如果没有继承人,爵位也就无法传承了。当然上述这些情况都是在被继承人即死亡的人没有遗嘱指定继承人的情况下发生的。《置后律》中这条关于奴婢不仅可以因主人的死亡和没有继承人而被免为庶人,还可以取得家长的地位继承主人的田宅及其他财产,的确是一个非常值得探讨的问题。首先,这不符合《二年律令》中多处规范所体现的家长制和等级制,与封建伦常的基本原则相违背。奴婢是主人的财产,财产在主人死亡且无继承

人继承时收归国有符合封建法律基本原则,为什么这个"财产"在主人死亡后且无继承人的情况下能优先于国家占有主人的财产呢?其次,奴婢虽然在一定条件下可免为庶人,但是在无任何血亲或拟制血亲的情况下取得家长的地位、占有其死去的主人的财产,从继承关系的逻辑上也讲不通。在曹旅宁《秦律新探》[①]中,将张简中规定的继承顺序进行了总结(主要根据的是《奏谳书》的案例二十一和《置后律》的简三七九至三八〇,以及简三六九至简三七一):第一顺序的继承人是其下一代中的男性也就是儿子(如有数个儿子大约适用嫡长子继承制,但这一点律文中没有说明);第二顺序的继承人是死者父母;第三顺序的继承人:妻子;第四顺序的继承人:女儿;第五顺序:毋女令孙;第六顺序:毋孙令耳孙;第七顺序:毋父母、妻子、同产者,以大父即祖父继承;第八顺序:毋大父,以大母即祖母与同居数者即其他在同一户籍上的亲属继承。但简三六九至简三七一的继承顺序与简三七九、三八〇的规定不同。其中,女儿成为第二顺序的继承人,妻子则在第七顺序的继承人中。为什么对继承顺序中继承人顺序的规定不同,我们无法了解,但是从上述关于继承顺序的内容可以清楚地看到:在各个顺序的继

① 曹旅宁:《秦律新探》,中国社会科学出版社2002年版,第306—309页。

承人中没有奴婢。《置后律》简三八二、二八三关于奴婢的置后的规定的法律原则及其基础是什么？无法从此规定中得出令人满意的结论，可是有一点能够肯定：一个“家族”在实质上得以“延续”，原来家族中实质的东西还存在：作为家族生存的经济基础的田宅、财产等。如果说这个家族不存在了，只是一些“无关紧要”的作为家族的象征的“主人”发生了变化，主人的变化，实质上是“王姓”或“李姓”这种家族姓氏的变化，这是一种形式上的变化，家族本身的实质未变，家族通过这种方式得以“延续”。对整个社会来讲，组成社会的各个家族得以保持和延续，实际上起到了对社会形式和制度延续的作用。

这种家族延续的特别规定在简三八六中也有体现：“寡为户后，予田宅，比于为后者爵。……”寡妇可以作为家长的继承人，给予田宅。在以男性为家族之长的社会，寡妇能够作为家长的继承人，其作用也应当是维持家族的“延续”，以这到社会的稳定和制度的延续，这样的规定在中国历代的法律中是不多见的。

总之，《置后律》中包含有比较本富的继承法律思想，如前面分析“爵位置后”、遗腹子“为置爵、户后”、“奴婢代后”、“寡为户后”等等，其目的都是为了封建社会秩序的稳定和相关制度的延续，这些法律思想是《二年律令》法律思想的一个特色。

第五章 《奏谳书》中的法律思想初探

《奏谳书》有简共228枚,"谳",张简整理小组注释为:"谳是议罪。""《奏谳书》是议罪案例的汇编。"李学勤在其"江陵张家山汉简概述"中说:"狱刑事之事有疑上报称为'谳'。"[①]《汉书·刑法志》有:"县道官狱疑者,各谳所属二千石官,二千石官以其罪名当报。所不能决者,皆移廷尉,廷尉亦当报之。廷尉所不能决,谨具为奏,傅所当比律令以闻。"[②]所以,《奏谳书》实际上应当是疑难案例的汇编。这种案例汇编,与睡简中的《封诊式》相似,其作用应有两种:一是对有司法权的官吏在处理案件时给予指导和参考,以弥补法律的不足或防止官员对法律理解发生偏差;二是提供标准的司法文书的格式,供各级官吏参考。

---

① 李学勤:《简帛佚籍与学术史》,江西教育出版社2001年版,第183页。

② 班固:《汉书》卷二十三,《刑法志》,中华书局1962年版,第1106页。

《奏谳书》中"包含春秋至西汉时期的22个案例。大体上是年代较早的案例排在全书的后部,较晚的案例排在前部。不少案例是完整的司法文书,是当时的司法诉讼程序和文书格式的具体记录。两个春秋时期的案例并不是司法文书,只是事例的记述"①。

由于对文字的理解等各方面原因,对研究者来说:"《奏谳书》古奥复杂,许多问题会有不同看法。"②本书对《奏谳书》法律思想的分析,将以李学勤先生对《奏谳书》的文字解说为基础。③

1.《奏谳书》案例的性质及其所反映的法律思想

所录案例有22个,涉及了司法和社会生活的诸多方西,有杀人、盗窃、逃亡、请求复审等等,可见辑录者的用心。下面将其作一具体分类:

(1)杀人类。1件。"淮阳守行县掾新郪狱"案,时间为汉高祖六年。

(2)盗窃类。2件。第一件是"醴阳令恢盗县官来"案,时间为汉高祖七年;第二件是"佐了盗粟"案,时间为春秋。

---

① 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》,文物出版社2001年版,第213页。

② 李学勤:《简帛佚籍与学术史》,江西教育出版社2001年版,第220页。

③ 文字解说见李学勤《简帛佚籍与学术史》,江西教育出版社2001年版,第200—221页,或"《奏谳书》解说(上)",《文物》1993年第8期,"《奏谳书》解说(下)",《文物》1995年第3期。

(3)去亡类。6件。第一件是"安陆丞忠劾狱史平"案,时间为汉高祖八年;第二件是"江陵余、丞骜所谳男奴武逃亡"案,时间为汉高祖十年;第三件是"胡状、丞憙所谳阑与南出关"案,时间为汉高祖十年;第四件是"大夫荊诣女子符"案,时间为汉高祖十年;第五件是"江陵丞骜所谳的婢女媚逃亡"案,时间为汉高祖十一年;第六件是"夷道汾、丞嘉所谳男子毋忧逃亡"案,时间为汉高祖十一年。

(4)奴婢类。1件。"公大夫昌苔(笞)奴相如"案,无纪年。

(5)行贿受贿类。2件。第一件是"甑、顺等受、行赇狂(枉)法";第二件是"士吏贤受赇"案。均无纪年。

(6)失职类。1件。"戍卒官大夫有追奴弗得"案,无纪年。

(7)伪造公文类。4件。第一件是"启为伪书",无纪年;第二件是"惜为伪书",无纪年;第三件是"犬与武共为伪书",无纪年。第四件是"内为伪书",无纪年。

(8)重审类。3件。第一件是"黥城旦讲乞鞫","乞鞫"意思是要求重审,时间为秦王政元年;第二件是"南郡卒吏盖庐、挚田,假卒史瞗攸庫等狱簿",时间为秦始

皇二十年;第三件是"史黼为宰人和婢辨冤之事",时间为春秋。

(9)性犯罪类。1件。"女子甲与男子丙和奸"一案,"时间应属汉初"[①]。

(10)案件侦破类。1件。"不知何人刺女子婢最皇中"案。李学勤认为,该"案例不会晚到汉世"[②]。

由上面的分类可见,《奏谳书》所辑案例的范围非常广泛,体现了以下的法律思想:

第一,注重所辑录案例的全面指导作用。

力图使辑录的案例涉及案件审理的整个过程,为官员处理案件起到全面指导和参考作用。从案件中的侦破(如"不知何人刺女子婢最里中"案),到复杂案例的调查案理(如"淮阳守行县掾新郪狱"案),以及案件的重审(如"黥城旦讲乞鞫"案),辑录了一个案子所必经的各个阶段的典型案例。通过对这些案例的理解和进一步分析,可以比较清楚地了解案件的整个程序。有学者专门根据《奏谳书》总结了汉代的刑事诉讼程序,认为,汉代刑事讼诉的程序一般包括:劾、讯、鞫、论、报。第一,劾。对象是国家公职人员,由朝廷任命的官员对有犯罪嫌疑

① 李学勤:《简帛佚籍与学术史》,江西教育出版社2001年版,第219页。

② 同上书,第215页。

的国家公职人员提起诉讼。"告"一般指私人提出控告。第二,讯。指讯问被告,相当于现代的法庭调查阶段。第三,鞫。内容一般包括案由、犯罪事实等,"读鞫"的真正含义是宣读审讯结果而不是判决结果。第四,论。相当于刑法。包括两方面内容:一是引用有关的法律条文;二是确定被告犯此罪所"当"之罪,相当于现代的定罪量刑。第五,报。指向上一级机关请示汇报对罪犯的刑罚是否能执行,取决于上报是否被同意和批准。[①] 对上述程序进一步分析后,笔者认为,从《奏谳书》的内容看,汉代的刑事诉讼程序中还应包括"复"即复审以及"谳",只不过这两个程序并不是每个案件所必经的阶段。但"复"和"谳"在案件审理过程中往往对涉及的案件当事人或官员有看十分重要的影响,"复"实际上是一种司法救济程序,"谳"是对遇到疑难复杂案件,法律适用遇到困难时一种重要的处理案件的方式,所以,这两个程序是案件审理中不可缺少的。

第二,重视对管理秩序的维护。

对管理秩序的重视和维护,从一个侧面反映辑录者非常重视保护困家机构正常运作的法律的贯彻和实施。

---

① 张建国:《帝制时代的中国法》,法律出版社1999年版,第306—312页。

整个《奏谳书》共计22篇,但涉及管理秩序的有:去亡类6件,失职类1件,伪造公文类4件,行贿、受贿类2件,共计13件,占整个数量的50%以上。这一方面说明立法者对管理秩序方面的重视,而另一方面又说明了两个问题:

其一,社会管理类立法方面的不足。如果涉及社会管理的立法完备、众多,各级官吏也无须对出现的各类案件进行"奏谳",只需依法行事,就可以完成对案件的审判工作。

其二,社会管理秩序出现的问题较多。如果社会管理秩序正常,整个管理处在一种良好的运转状态之下,则不会出现许多法律缺乏或没有规定的情况,也不需要有关法律的执行者对这方面的问题用过多的篇幅进行诠释和说明。案例往往是社会生活最直接的表现,是我们了解社会情况的第一手资料,《奏谳书》反映的各类管理方面的问题也使我们了解到当时社会的一些真实写照。如去亡类的6个案例,情况各有不同,反映的社会问题也不同。下面试举一案加以分析。

"安陆丞忠劾狱吏平"案。该案实际反映的是国家对户籍制度的管理和重视。案情是安陆狱史平在家中窝藏没有名数的男子种达一个月之久。简文引令云:"诸

无名数者，皆令自占书名数。”[①]“名数”指人的姓名、性别、年龄等，“自占书名数”，指自行登记，列入簿籍。“自占书名数”是汉初由于经历多年战乱后，国家为了社会管理而采取的一项重要措施，目的是登记人口数量、稳定社会程序，加强国家对人民的控制等。如果不是诸多人口没有进行登记，国家是不会采取和重视这项指施的。人口不登记，就不会负担国家要求的各项义务如赋税、劳役等。所以，在当时，法令对逃避登记行为的处罚十分严厉。“令到县道官，盈卅日，不自占书名数，皆耐为隶臣妾，锢，勿令以爵、赏免。舍匿者与同罪。”[②]下述《二年律令》中的《户律》的规定也从另一个侧面证明了《奏谳书》这个案件所反映的国家对名籍的重视[③]：

> 恒以八月令乡部啬夫、吏、令夫相橥案户籍，副臧(藏)其廷。有移徙者，辄移户及年籍爵细徙所，并封。留弗移，移不并封，(三二八)及实不徙数盈十日，皆罚金四两，数在所正、典弗告，与同罪。乡部啬夫、吏主及案户者弗得，罚金(三二九)各一两。(三三〇)

① 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》，文物出版社2001年版，第218页。

② 同上书，第218、219页。

③ 同上书，第177、178页。

"禶",共。"案",察。"副"指録副。"数"指户口。上段的大意是:每年八月各级官吏都要在一起进行核查户籍的工作。对迁徙人的户籍文件要及时移送,不及时移送的相关官员会受到处罚,而没有收到户籍文件的官员也要受到处罚。此条规定不仅有户口登记、核查、移送的时间,负责此事的各级官吏的职责,还有对办事官员失职的处罚。可见汉初对户籍管理的严格,也正好与《奏谳书》的"安陆丞忠劾狱史平"案的内容相互印证,共同反映了统治阶层对户籍管理极其重视的法律思想。

第三,重视案件的重审。

案件的重审是当时诉讼过程中一个重要的组成部分。案件的重审制度,在现代的法律中是司法救济的一个重要手段,也是体现司法公正的法律制度之一,能够反映出统治者和立法者对法律实施的重视程度。《奏谳书》中,有三个案件都涉及案件的重审,虽然都是秦和春秋时的案件,但既然被辑录在《奏谳书》中,说明这些案件对汉代的司法实践有指导意义,也进一步说明了汉继秦制。

案件的重审,不仅是当事人对法律的要求,也是法律的性质本身对法律的要求。对案件重审制度的重视与否,直接关系到立法者法律思想在法律实践中的贯彻执行,也关系到法律原则在司法实践中的落实情况。所以,《奏谳

书》用相当的篇幅涉及案件重审也就不足为怪了。《二年律令》中的《告律》主要是关于案件的诉讼程序等方面的规定,但也用了相当篇幅来规定案件的重审制度①:

罪人狱已决,自以罪不当,欲气(乞)鞫者,许之。气(乞)鞫不审,驾(加)罪一等,其欲复气(乞)鞫,当刑者,刑乃听之。死罪不得自气(乞)(一一四)鞫,其父、母、兄、姊、弟、夫、妻、子欲为气(乞)鞫,许之。其不审,黥为城旦舂,年未盈十岁为气(乞)鞫,勿听。狱已决盈一岁,不(一一五)得气(乞)鞫。气(乞)鞫者各辞在所县道,县道官令、长、丞谨听,书其气(乞)鞫,上狱属所二千石官,二千石官令都吏覆之。都吏所覆治,廷(一一六)及郡各移旁近郡,御史、丞相所覆治移廷。(一一七)

《二年律令》是吕后二年(公元前 186 年)的法律,《奏谳书》中年代最晚的案例是汉高祖十一年(公元前196 年)②,其成汇编肯定在高祖十一年之后。二者几乎

① 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》,文物出版社 2001 年版,第 149 页。

② 见《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》,《奏谳书》,文物出版社 2001 年版。

处于同一时期,共同体现出当时的立法者重视案件重审的法律思想。

2."醴阳令恢盗县官米"案与吏治思想

《奏谳书》典辑录关于盗窃的案件两个,其中之一就是汉高祖七年的"醴阳令恢盗县官米"案。

> 七年八月己未江陵忠言:醴阳令恢盗县官米二百六十三石八斗。恢秩六百旦,爵左庶长□□□□(六九)从史石盗醴阳已乡县官米二百六十三石八斗,令舍人士五(伍)兴、义与石卖,得金六斤三两、钱万(七〇)五千五十,罪,它如书。兴、义言皆如恢。问:恢盗臧(赃)过六百六十钱,石亡不讯,它如辤(辞)。鞫:恢,(七一)吏,盗过六百六十钱,审。当:恢当黥为城旦,毋得以爵减、免、赎。律:盗臧(赃)直(值)过六百六十钱,(七二)黥为城旦;令:吏盗,当刑者刑,毋得以爵减、免、赎,以此当恢。(七三)恢居郦邑建成里。属南郡守。南郡守强、守丞吉、卒史建舍治。(七四)

"秩":俸禄。"当":判罪。恢是第十等爵左庶长,指使从史盗取醴阳已乡的官米,由其舍人兴、义和石一起出

售。所盗的官米共二百六十三石八斗，共得钱一万一千零五十钱、金六斤三两。法律规定，盗窃赃值超过六百六十钱的，黥为城旦。令规定，官吏犯"盗"罪，不得因其有爵位减、免刑以及赎刑。因此判恢黥为城旦，不能减、免、赎刑。

此案表面上是盗窃案，实际上是一起比较典型的官吏利用职务便利、以权谋私的腐败案件。该案是汉高祖七年（公元前 200 年）奏谳的案件。所引的律文应为当时现行有效的法律规定，值得注意的是，这个律文的内容与吕后二年（公元前 186 年）《二年律令》的律文是一致的，《二年律令》的《盗律》的内容是："盗臧（赃）直（值）过六百六十钱，黥为城旦舂……"[1]说明汉初关于"盗"的法律规定一直没有变化，至少是自高祖至吕后的这段时间内没有变，这方面的法律规定一直是稳定的。另一方面，案例中所引的令的内容说明了当时的一个法律思想：在"盗"罪方面，官吏犯法，与民同罪，不能因为有爵位而减、免或赎罪。我们再看一下几乎是同时期的《二年律令》中《具律》的规定[2]：

---

① 《张家山汉墓竹简（二四七号墓）》，文物出版社 2001 年版，第 141 页。

② 同上书，第 82 页。

上造、上造妻以上,及内公孙、外公孙、内公耳玄孙有罪,其当刑及当为城旦舂者,耐以为鬼薪白粲。(八二)

这条规定核心是指一些有爵位或与皇族有亲戚关系的人,在犯重罪或被刑"城旦舂"时,可以减刑。睡简《法律答问》中也有[①]:

将上不仁邑里者而纵之,可(何)论?当毄(系)作如其所纵,以须其得;有爵,作官府。(六三)

睡简整理小组的译文是:"押送在乡里作恶的人而将之放走,应如何论处?应当像他所放走的罪犯那样拘禁劳作,直到罪犯被捕获为止;如果是有爵位的人,可在官府服役。"[②]

在上述《二年律令》的《具律》以及睡简的《法律答问》中,都有关于有爵者可以减轻处罚的规定。但是,为什么案例中汉高祖时期的这条关于官吏犯"盗"罪,不能以爵减、免、赎罪呢?究其根本,在于"吏治"。众所周

① 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第108页。

② 同上。

知,在中国的历史上,官吏有着十分特殊的地位,并在整个社会中起着重要作用。他们不仅是行政官员,对地方行使政治和经济的管理权,同时又是一个司法官员,拥有着维护法律、执行法律的权力。官吏往往集行政和司法权于一身,对维护皇权的统治以及社会的稳定起着决定性作用,他们的行为如何,直接关系到统治阶级统治地位的安危。因此,对官吏的管理,强调"吏治"成为统治者必须重视的一个问题。虽然统治者历来强调等级制度,强调人与人之间的差别,甚至将这种思想体理在法律中,可是一旦因为强调等级差别利益而威胁到统治者的统治地位时,往往是统治地位占有绝对的无可争议的权威。为了维护皇权,最高统治者会不惜牺牲那些中、下阶层的利益,以"吏治"的幌子来维护统治。所以官吏犯罪的处罚与平民相同,不应享有任何特权,不能因为有爵位而特殊处理。有学者认为:"《奏谳书》中'醴阳令恢盗县官米案'中的那项规定,反映了汉代统治者整顿吏治的决心。官员盗窃,与贪污无异,是吏治腐败的表现。"①

3."女子甲与男子丙和奸"案与对"议罪"的重视

《奏谳书》中这篇关于"女子甲与男子丙和奸"的案例,是一篇极为精彩的案例分析。通过官员议罪时对法

---

① 崔永东:《简帛文献与古代法文化》,湖北教育出版社2003年版,第86页。

律的解说,法律条文中所包含的法律思想给阅读者留下深刻的印象。“议罪”即“谳”的作用、立法者与司法者对法律的执著在此案中一览无余。下面分段对该案加以分析,该篇文书的第一部分,是对案件所涉及法律的介绍。

故律曰:死夫(?)以男为后。毋男以父母,毋父母以妻,毋妻以子女为后。律曰:诸有县官事,而父母若妻死(一八〇)者,归宁卅日;大父母、同产十五日。勢(敖)悍,完为城旦舂,铁颟其足,输巴县盐。教人不孝,次不孝(一八一)之律。不孝者弃市。弃市之次,黥为城旦舂。当黥公士、公士妻以上,完之。奸者,耐为隶臣妾。捕奸者必案之(一八二)校上。

张简整理小组注释:“故律,以前已有的法律。”“颟,《说文》训为绊足。铁颟其足即戴铁镣。”“校,《说文》:‘木囚也’,即械具。《睡虎地秦墓竹面·封诊式》的《奸》条云‘捕校上来诣之’,与简文合。”此段律文介绍首先摘录的是继承人顺序的法律,其次是继承开始时间的法律。然后,对妻子“敖悍”如何处罚、“不孝”如何处罚的法律规定作了捕录。最后是有爵位者犯罪减刑以及通奸罪的法律规定。共捕录了六方面性质的法律规定,囊

括这个案件可能会适用的或涉及的法律条文。研读者一开始就有了可供参照的法律,使其在了解案件后,会对案件的性质和判决有自己的初步看法。让我们来看第二部分——案情。

> 今杜泸女子甲夫公士丁疾死,丧棺在堂上,未葬,与丁母素夜丧,环棺而哭。甲与男子(一八三)丙偕之棺后内中和奸。明旦,素告甲吏,吏捕得甲,疑甲罪。

"杜泸",地名,"当即杜县(今陕西西安东南)泸里"[①]。"内",张简整理小组注释:"卧室"。整个案情是:居住于杜泸的女子甲,在其丈夫公士丁病故后,陈棺子堂,在未埋葬之前,甲与婆婆素夜间守丧时,与男于丙到棺后的卧室发生了性关系。第二天,素将此事告官,女子甲被捕,但是审理此案的官吏对案件的定性产生了疑问。整个案情不复杂,涉及的法律关系却很多。如最主要的通奸问题、在与婆婆守丧时他们通奸是否是不孝的问题等。这时,即使是法律专业人士依据前述的法律规定来判断此案的性质也会有所疑惑。所以办案的官吏对

---

① 李学勤:《简帛佚籍与学术史》,江西教育出版社 2001 年版,第 218 页。

案件定性有疑问是很正常的。如何解决这样的问题？法律或汉初的立法、执法者对解决此类问题的指导思想是什么？通过下面对该案的议罪过程和精辟的论证应当能找到答案。

> 廷尉毂、正始、监弘、廷史武等卅人议当(一八四)之，皆曰：律，死置后之次；妻次父母；妻死归宁，与父母同法。以律置后之次人事计之，夫异尊于妻，(一八五)妻事夫，及服其丧，资当次父母如律。妻之为后次夫父母，夫父母死，未葬，奸丧旁者，当不孝，不孝弃市；不孝之(一八六)次，当黥为城旦舂；务(敖)悍，完之。当之，妻尊夫，当次父母，而甲夫死，不悲哀，与男子和奸丧旁，致次(一八七)不孝、务(敖)悍之律二章。捕者虽弗案校上，甲当完为舂，告杜论甲。(一八八)

张简整理小组注释："正，廷尉正。监，廷尉监，均系廷尉属官，由'正'字不讳看，本案当在汉初。""异，殊"。"资，《小尔雅·广言》：'取也'。"这个案件，应当说是一个小案子，但参加议罪的竟有三十人之多，他们以"置后"顺序的法律规定并结合案情的具体情况进行分析，

最后认定女子甲犯有“不孝”罪并参照“敖悍”罪，判决甲应当被处以“完为舂”。为什么当时的官员对此案这么重视呢？李学勤进行了这样的考证和评价：“秦对‘淫泆’防禁颇严。睡虎地简中的秦始皇二十年（公元前227年）南郡守腾文书，强调法律的目的在于‘去其淫僻，除其恶俗’，谴责‘乡俗淫泆之民不止’。《秦始皇本纪》所载三十七年（公元前210年）会稽刻石，更特别提到‘防隔内外，禁止淫泆，男女絜诚’。看女子甲一案居然惊动朝廷，汉初对这方面的防范并未有所宽松。”①可见，在禁止和防范“淫泆”方面，从秦至汉的法律思想和立法、司法原则并没有多少改变。

再看此案的最后一部分，也是这个“谳”的核心：

·今廷史申繇（徭）使而后来，非廷尉当，议曰：当非是。律曰：不孝弃市。有生父而弗食三日，吏且何以论子？（一八九）廷尉毂等曰：当弃市。有（又）曰：有死父，不祠其家三日，子当何论？廷尉毂等曰：不当论。有子不听生（一九〇）父教，谁与不听死父教罪重？毂等曰：不听死父教毋罪。有（又）曰：夫生而自嫁，罪谁与夫死

① 李学勤：《简帛佚籍与学术史》，江西教育出版社2001年版，第219页。

> 而自(一九一)嫁罪重？廷尉縠等曰：夫生而自嫁，及取(娶)者，皆黥为城旦舂。夫死而妻自嫁、取(娶)者毋罪，有(又)曰：欺(一九二)生夫，谁与欺死夫罪重？縠等曰：欺死夫毋论。有(又)曰：夫为吏居官，妻居家，日与它男子奸，吏捕之(一九三)弗得，□之，何论？縠等曰：不当论。曰：廷尉、史议皆以欺死父罪轻于侵欺生父，侵生夫罪(一九四)重于侵欺死夫，□□□□□□□与男子奸棺丧旁，捕者弗案校上，独完为舂，不亦重(一九五)虖(乎)？縠等曰：诚失之。(一九六)

廷史申由于繇使没有参加议罪，回来后对廷尉縠等的看法提出了反对意见，他通过法律规定和逻辑推论，认为"廷尉、史议皆以欺死父罪轻于侵欺生父，侵生夫罪重于侵欺死夫"的观点是错误的，终于使"縠等曰：诚失之"，说服了廷尉等人。申所坚持以及縠等认可的实际上是这样一个法律原则，死去的人不应当是法律关系的主体，对死去的人的侵犯并来侵犯法律所保护的法律主体的权利——因为人这个法律关系的主体由于死亡而失去了作为这种主体最基本的条件，所以在实质上对其的"侵犯"是不应当负任何法律责任的。

另外，在议罪中，廷史申当时因公务没有参加，回来后能够并且有权利充分发表自己的意见，竟然使廷尉毂等三十人同意并采纳。这个很有特点的议罪程序说明了以下几点：第一，有权议罪的每个成员都能够充分提出自己的意见，不因各种缘由而被剥夺；第二，议罪中依据的是事实和法律，不是任何人的主观臆断，只要分析合理，适用法律得当，任何不合理的意见都是会被推翻的，哪怕是绝大多数人的意见；第三，议罪中，不因为官吏的职位问题而对议罪起着主导或引导作用，整个案件的议罪过程可以充分说明这一点。

总之，通过对"女子甲与男子丙和奸"一案议罪的探讨，我们可以发现当时不仅非常重视议罪，在议罪中还有一个主导的法律思想，用现代的法律用语表述就是"以事实为依据，以法律为准绳，以法理为后盾"。当然，封建社会统治者的法律是为其封建统治服务的，这个议罪过程也不例外，如果不把这个归纳与政治相联系，笔者认为该总结是十分恰当的。

第六章　张简法律思想的主要特点——与古罗马法律思想的比较

本书所探讨的张家山汉简时间跨度基本在西汉初期,这个时期西方法律思想的发源地——欧洲大陆发生着重大的变化:古希腊国家早已衰落并最终在公元前168年被罗马人所灭,强大的罗马帝国处于上升和发展阶段,同时也逐步完成了从共和国时期向帝国时期的转变。此时的罗马法已经逐步发展成熟,成为"商品生活社会的第一个世界性法律"[①]。因为"罗马法是纯粹私有制占统治的社会的生活条件和冲突的十分经典性的法律表现,以致一切后来的法律,都不能对它作任何实质性的修改"[②]。罗马法的基本精神传承至今.罗马法的大部分内容和原则成为大陆法系的核心。那么,张简中相关律

① 《马克思恩格斯全集》第21卷,人民出版社1972年版,第346页。

② 同上书,第454页。

文所包含的法律思想与罗马法的一些法律精神或原则有无相同或相近的地方呢？本章在论述张简法律思想主要特点的同时，试图对此作一些初步的、尝试性的比较。

一、“君权至上”的法律思想基础

汉代的国家形式，是以君主专制为核心的中央集权制，这种制度是由秦始皇在统一中国时建立起来的。在这种制度下，皇帝掌握着所有的大权，国家的法律也是“法自君出”，皇帝的诏令具有绝对的权威，是法律的重要形式，而颁布的各种法律必须经过皇帝批准。而法律所反映的思想实质都是为了维护君权。张简中的有关法律思想的基础也不例外，虽然它有各种各样的法律思想的内容如“维护君权”、“维护家族”等等，但其核心思想是维护君权，维护封建的中央集权。

君权至上的法律思想基础，使张简的法律思想不可避免地具有了漠视人格平等、扼杀个人自由的特点，比如有爵者可以减轻处罚或以赎代罚、家族中以父权为中心等等。在以君权至上的法律思想之下，人们习惯而且必须服从这样一种观念：所有的人都是皇帝的子民，他们都对皇帝负有无可争议的义务。君权至上造成的另一恶果就是权大子法。虽然张简中没有直接的内容反映权大于

法的思想，但是将皇帝的“令”直接作为法律的一部分，以及对疑难案件的“奏谳”制度等都说明，法律不是唯一也不是最有权威的规范社会的工具，在法律之上，还有着一种更权威和更具有效力的东西——皇权。法家曾提出过“君臣上下贵贱从法”的主张，但就是最尚法家思想的秦朝，遵从的却是“命为制，令为诏”，[①]汉承秦制，张简中的法律思想也毫不例外地受到了影响。在中国，时至今日，这种君主专制的思想并未随着君主专制制度退出历史舞台，以言代法、以权压法的情况屡见不鲜。以“文化大革命”为例，曾经亲自主持和制定过中华人民共和国宪法的国家领导人，竟未经过任何法律的程序西身陷囹圄，死于非命。再如，近几年一些省部级干部的臣额贪污、受贿、以权谋私案件频频发生，难道仅仅是法律本身的问题？封建专制思想的影响和贱余应当是非常重要的因素之一。

古罗马法律思想的基础则与张简不同。首先是平等的思想，这与罗马的政治制度有关。罗马历经王政、共和国与帝政三个时代。在王政、共和国和帝政初期，皇帝不是唯一颁布和通过法律的人，法律的渊源有各种形式，盖尤斯在其《法学阶梯》中指出罗马法的渊源有：法律、平

① 司马迁：《史记》卷六，《秦始皇本纪》，中华书局1959年版，第236页。

民会决议、元老院决议、君主的谕令、有权发布告示的人发布的告示、法学家的解释。这样,法律的制定和颁布并非由君主个人掌握,人民有权制定法律。正如优士丁尼所述:"法律是罗马人民应一名元老级的长官——例如执政官——的请求制定的法律[①]。"可以说,民主和平等是罗马法思想的一个基石。其次,罗马法的另一个思想基础是维护私有制。罗马法是维护"以私有制为基础的法律的最完备的形式"[②]。张简所见法律的一个特点是重刑轻民,民事问题都纳入刑事法规之中。如有关户籍制度的《户律》、有关继承问题的《置后律》等等。罗马由于其简单的商品经济高度发达,民事法律关系涉及社会生活的各方面,成为法律的重要内容,保护私有财产、维护私有制成为罗马法律思想的基础。

可见,张简法律思想的基础与古罗马法律思想的基础有着较大的差异,一个是"君权至上",一个是维护私有制,并有民主和平等的成分。发展到今天,"君权至上"的观念为时代所抛弃,而罗马法的维护私有制、要求民主平等的法律思想基础则为大陆法所继承,对当今世

---

① 〔古罗马〕优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 17 页。

② 恩格斯:《反杜林论》,《马克思恩格斯选集》第 3 卷,人民出版社 1972 年版,第 143 页。

界的法律思想具有重要的影响。

二、以“繁法严刑”维护皇权统治
——从法律的定义和分类角度分析

在古罗马，非常注意对法本身的探讨，并将其进行定义和分类。古罗马的法学家认为：“法学是对神和人的事务的认识，关于正义和不正义的科学。”[①]他们认为法实际上是正义、公平和公道的表现。在张简中，我们找不到有关法的概念，也没有关于法本身的探讨，有的是大量的法律条文、案例等。只是在《说文解字》中可以了解汉代对法的认识和基本看法，法的本字为灋：“灋，刑也，平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去。”[②]廌，《说文解字》中说是似牛、有一角的动物，古者决讼，令廌触不直者。可见，法具有公平、正直的意思。但是，法不仅要追求公平，还要“触不直者去之”，“去之”还有刑罚的含义。从本书前述张简中有关法律的大量简文可知，法律是以刑罚为主，而目的之一就是为了维护统治者的所谓公平和等级制度。

---

① 〔古罗马〕优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社1999年版，第11页。

② 许慎：《说文解字》，中华书局1963年版，第202页。

所以,无论是古罗马还是在张简时代,都认为法律就是为了维护"公平"的,有所不同的是,张简中所体现的法的本质是以刑罚为手段,以维护封建等级和专制统治为目的;而古罗马的法,虽然最终目的也是为了维护专制和等级,但其对"正义"的追求,使人能看到对个人权利的尊重。正如优士丁尼的《法学阶梯》中对"正义"的定义:"正义是分给每个人以其权利的不懈的、永恒的意志。"①

在对法的分类方面,罗马法学家对法进行了基本分类:自然法、市民法和万民法。简单地说,自然法是自然界存在和发生的、不需要由人表现的一切情形,不是为了体现立法者的意志而产生的。市民法是罗马人特有的法律制度的总和。万民法是罗马人与其他民族的人所共有的法律。在优士丁尼的《法学阶梯》中,有以下关于自然法、市民法和万民法的表述②:

> 自然法是自然教授给所有动物的法律。事实上,这一法律不是人类专有的,而是所有诞生在天空、陆地或海洋的动物的。由它产生了我

① 〔古罗马〕优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 11 页。

② 同上书,第 13 页。

> 们叫作婚姻的男女的结合，由它产生了生殖和养育子女。的确，我们看到其他动物也被评价为这种法的内行。(I.1.2pr)
>
> 然而，人们这样地区分市民法和万民法：所有由法律和习俗统治的人民，部分地使用他们自己的法；部分地使用为所有人共有的法。事实上，每个人民为自己制定的法，是他们的城邦专有的，并被称作市民法，与他们自己城邦的法同义。但自然理性在所有的人中制定的法，它被完全一致地保留在所有的人民中，并被称作万民法，与由所有的民族使用的法同义。因此，罗马人民也部分地使用他们特有的法；部分地使用由所有的人共有的法。……(I.1.2.1)

罗马法学家对法还有另外一种分类：公法和私法。这是当时的罗马法学家乌尔比安首先提出来的。在其《学说汇编》谈到法的分类时这样说："它们有的造福于公共利益，有的则造福于私人。公法见之于宗教事务、宗教机构和国家管理机构之中。"[①]公法保护的是公共利

---

① 〔意〕彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第9页。

益,是有关罗马国家的稳定的法律。罗马法学家的这种法律的划分方法,一直为资产阶级法学理论所沿袭,影响至今。实际上,罗马国家的自然法、市民法和万民法都属于私法,有大量的调整私人关系的法律。

在张简中则不同,对法律没有按性质归类和划分,只按律的篇名进行划分,如《二年律令》涉及了二十七种律,一种令。大量的内容是有关刑事、行政等方面的,像《盗律》、《贼律》、《兴律》、《户律》、《亡律》等等,调整私人关系的内容相当少,只有一些婚姻、继承和借贷等方面的条文。

实际上,汉代的法律,从史料及出土的简帛文献看,有《九章律》九篇及《傍章律》若干,《九章律》是基本法,有盗、贼、囚、捕、杂、具以及户、兴、厩。内容虽无法完全考证,但从一些史料记载和张简的有关内容看,它们是以社会管理方面的刑事法律为核心的,涉及私人关系的法律很少。

综上所述,古罗马的法律从形式和内容都体现出一个"人"字,体现出重视对人的关系和个人利益的法律思想和观念,虽然其目的也是为了统治阶层对国家的统治。张简中的法律则赤裸裸地表现出要通过各种手段,尤其是以刑罚为主的手段来维护皇权、维护统治阶层利益的法律思想。

三、对"父权"的维护

如本书第四章所述，父权地位的绝对性和不可争议是张简法律思想的一个重要特征。父权在家族中拥有人身和财产方面的支配地位，如在人身关系方面，未成年子女和妻子如同家长的财产一样是附属于他的；成年子女的地位在简文中虽然没有明确规定，但是绝对不可以违反家族等级制度的一些基本原则，像控告父母、殴辱骂长辈等，否则也会依律处以严厉的处罚。在财产关系方面，子女和妻子是绝无财产权的，只有成年儿子在另行立户后才享有自己的财产权。家族中父权的统治地位在张简的律文中表现得非常清晰。那么，罗马法在这方面是什么样的原则呢？我们先从古罗马法学家优士丁尼《法学阶梯》中关于"家父权"（又称"家长权"：De patria potestate）谈起[①]：

> 我们在合法婚姻中所生的我们的子女，处在我们的权力下。(I. 1. 9pr)

---

① 〔古罗马〕优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 39 页。

而我们对子女享有的支配权是罗马市民所特有的，事实上，没有任何其他人对子女享有像我们享有的这样的权力。(I.1.9.2)

因此，由你和妻子所生的人，处在你的权力下。同样，你儿子及其妻子所生的人，换言之，你的孙子和孙女，也处在你的权力下，你的曾孙子和曾孙女，以此类推，同样如此。但你女儿所生的人，不处在你的权力下，而处在其父亲的权力下。(I.1.9.3)

可见，在罗马法中，父权在家族中也是占有独立的绝对的主导地位。在人身权方面子女、孙子女、曾孙子女，都在父权的支配之下。妻子在家庭或家族中的地位如何？是否从属子夫权呢？《法学阶梯》中“家父权”称：

而婚姻或夫妻关系是男女的结合，它包括不能分开的生活的亲密交往。(I.1.9.1)

妻子实际上不处子夫家的家长权之下，结合前处I.1.9.3的内容，妻子应当是处子其生父的家长权之下的。为什么会这样呢？周枏先生在其《罗马法原论》中的论述说明了该问题：“罗马早期的婚姻采取有夫权婚

姻的形式,婚姻与夫权结合而不分,有婚姻必有夫权。女子出嫁,完全脱离生父的宗亲关系,在夫权支配之下而处于'女儿的地位'(folic loco)。《十二表法》以后,罗马逐渐通行无夫权婚姻,出嫁女子已不像在有夫权婚姻中那样处于夫家的家长权之下,而是和未结婚一样,仍旧处在其生父的家长权之下。帝政以后,除优披特神官仍采用有夫权婚姻外,这样古老的婚姻方式在社会上已不通行。婚姻已完全变成了人事,所以优帝《法学纲要》称'婚姻是一男一女以永续共同生活为目的的结合'。这一定义与莫德斯休努斯的不同,它反映了婚姻已经不再以宗族利益和宗教为基础,而着重于婚姻当事人的利益,并尊重当事人本人的意志,妻子在家庭中的地位也得到改善。"[1]但是,这只是一种表面的、形式的变化,妻子的地位实质上是没有得到改变的,仍处于家长权之下,受家长权的支配,不过是从被居于家长地位的丈夫的"夫权"的支配又回到了居子家长地位的父亲的"父权"的支配。无论是父亲还是丈夫,一般来说,他们的身份是合一的即休现在一个人身上。妻子只不过是从被一个家庭"家长权"的支配变成了被另一个家庭"家长权"的支配。

在财产权方面,"在市民法上家父是家庭财产的唯

① 周枏:《罗马法原论》,商务印书馆 1994 年版,第 79 页。

一的所有人,家子取得的财产,不论来源如何均归家父。然家子之债家父却未必有责代偿,当然多数情况下,家父实际通常都是代偿子债的,……后未万民法规定家父须对家子法律交易负相当责任。同时,家子也可取得更多种特有产(speculum)。特有产权的所有权仍属家父,但其管理权、用益权乃至处分权则实际属于家子。"[①]所以,与汉简中法律原则略有不同的是,子女在一定条件下是拥有一定的财产权的。对于妻子来说,由于在一个家庭和丈夫一样具有法律地位,是有财产权的。比如家子获得财产的途径之一——"母遗特有产"(bola maternal),即家子可以继承母亲的遗产并保持所有权;这个要领从一个侧面说明母亲即一个家庭中的妻子是享有自己的财产权的。

综上所述,在家族的权力方面,父权的绝对统治地位是张简中的法律制度和古罗马法律共同具有的一个法律思想。所不同的是,在古罗马,妻子在家庭中最终拥有了一定地位并享有自己的财产权,面子女也可以有一定的财产权利。可见,从罗马法时代开始,虽然法律上规定了父权的绝对统治地位,但是,决定家庭稳定和保障的经济权利已开始从父权中剥离。父权实质上在古罗马时代开

① 江平、米健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社2004年版,第139页。

始动摇和逐步瓦解。而中国家长的绝对统治地位,不仅在张简中的法律规定里被牢固地确立,而且一直到中国封建社会的结束,从未被动摇过。

四、不承认奴婢的人格权

张简的《二年律令》中多处规定了关于奴婢的地位等问题。本书的第二章也进行了详细的分析,归纳起来,关于奴婢的有关法律原则主要是这样的:首先,奴婢不具有法律上的人格权,不人户籍,与家长的财产等同。其次,奴婢如果对平民及家族成员有犯罪行为,会被处以极为严厉的刑罚。第三,关于奴婢于女的身份地位。婚生子女的法律地位由父亲的身份决定,非婚生子女的法律地位由母亲的身份决定。需要特别说明的是,从《二年律令》中的规定来看,不具有法律人格的奴婢是可以和平民结婚的。如《二年律令》中《杂律》的简一八八:"民为奴妻而有子,于畀奴主;主婢奸,若为它家奴妻,有子,于畀婢主,皆为奴婢。"[①]意思是平民与奴隶结婚,成为奴隶的妻于,他们所生的于女归奴隶的主人,身份是奴婢。

罗马法中,没有"奴婢"的概念,只有"奴隶"一词,实

---

① 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》,文物出版社 2001 年版,第 158 页。

际上与张简中称的“奴婢”是相同的。盖尤斯的《法学阶梯》中有[1]：

> 人法中最重要的划分是：所有的人或者自由人或者是奴隶。
>
> 那些自出生就自由的人是生来自由人。那些摆脱法定奴役地位的人是解放自由人。

优士丁尼的《法学阶梯》中也有[2]：

> 而奴隶制是万民法的制度，某人据之违背自然地受制于他人的所有权。(I. 1. 3. 2)

可见，奴隶没有法律上的人格，主人享有对奴隶的支配权，奴隶是主人的私有财产，该财产的所有权属于主人。在古罗马，奴隶不仅没有自己的人格权，也没有婚姻权，这一点与汉简中的法律规定不同。同时，在古罗马，由于奴隶不是法律上的权利主体，也没有财产权。

---

① 〔古罗马〕盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 4 页。

② 〔古罗马〕优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 23 页。

在奴隶子女的身份地位方面，与张简中法律规定不同的是，在古罗马，奴隶子女的身份由其母亲决定。我们再来看一下优士丁尼《法学阶梯》的有关内容①：

而奴隶要么是生来如此；要么是变得如此。生来如此，他们是我们的女奴所生；……（I.1.3.4）

这也正如周枏先生在《罗马法原论》中所述："罗马法明确规定，奴隶的身份，以他出生时生母的身份为标准，凡出生时生母为奴隶的，其子女就是奴隶。因此，第一，婴儿来出生前仍为母体的一部，并无独立的存在，自不发生身份问题；第二，生母怀孕中奴隶还是自由人，可以不问。哈德里安努斯帝为丁维护儿童的利益，规定胎儿自受孕至出生期间，若生母一度为自由人的，所生的子女就可以取得自由人身份；第三，生父的身份如何，则可不问，因为奴隶无婚姻权，女奴隶在法律上并无确定的'丈夫'，故子女易知其母面难知其父。依此原则，'父'

① 〔古罗马〕优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 23 页。

为奴隶而母为自由人的,所生的子女为自由人。"[1]

在其他方面,如诉讼宗教以及奴隶解放成自由人方面,罗马法还作了一系列详细的规定,但是不管怎样,关子奴隶制度方面,张简中的法律思想与罗马法的原则没有什么大的区别,即不认为奴隶是权利的主体,而是权利的标的,他们没有法律上的"人格权",奴隶或奴婢本身就是隶属子统治阶层的私有财产。

① 周枏:《罗马法原论》,商务印书馆 1994 年版,第 231 页。

第七章　其他汉简与张简法律思想之比较

一、敦煌悬泉汉简中律文的法律思想与张简法律思想的比较

敦煌悬泉汉简，指出土于今甘肃省敦煌甜水井东南3公里的汉代悬泉置遗址的简牍。1990年10月至1992年12月，甘肃省文物考古研究所连续三次对该遗址进行考古发掘，共出有字简牍23000余枚，帛书、纸文书等数万件。但是有关敦煌悬泉置遗址的发掘报告和全部简续释文还未出版，本篇只就上海古籍出版社2001年8月出版的《敦煌悬泉汉简释粹》中有关汉律的部分简文及其法律思想加以分析，并对比张简法律思想的相关内容。

1. 对家族成员的法律保护

《敦煌悬泉汉简释粹》的编号第六的简文如下[①]：

① 《敦煌悬泉汉简释粹》，上海古籍出版社2001年版，第8页。

> 贼律:殴亲父母及同产,耐为司寇,作如司寇。其奊訽(诟)詈之,罚金一斤。(Ⅱ0115③:421)

根据简文后括号内的内容可知,此简出土在Ⅱ号区,在0115探方号的第三层出土。根据《敦煌悬泉汉简释粹》前言陈述:"第三层为西汉晚期堆积,厚约0.2~0.5米,出土简牍有永光、建昭、河平、阳朔、鸿嘉、永始、建平、元始、居摄等纪年。"[①]所以,该简的内容应为西汉晚期的法律。

《贼律》的律名,在本书第一章中作了较详细的考证,这里不再赘述。需要说明的是,这枚简中《贼律》的名称,与张简中《二年律令》《贼律》的名称一致,印证了《贼律》在汉代是法律中主要的律名之一。

"同产",张家山汉简整理小组注释:"同产,《后汉书·明帝纪》注:'同产,同母兄弟也。'"[②]"耐"是除去鬓发的一种刑。"司寇"为服劳役的刑罚,一般为两年。本书的第一章对这两种刑罚名也作了考证。此简简文的内容是:如果殴打父、母以及同母异父的兄弟,处以耐并作司寇,进行辱骂的,罚金一斤。对于殴打、辱骂父母,处以一

① 《敦煌悬泉汉简释粹》前言,上海古籍出版社2001年版,第2页。

② 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》,文物出版社2001年版,第133页。

定的刑罚,此类对家族尊长侵犯的法律规定在中国古代比较多见。但是,将父母与同产归为一类,并规定对他们有殴打、辱骂行为且处罚相同的情况却不多见。

我们知道,父、母与同产即同母异父的兄弟是两辈人,处于两个不同的等级。父、母是上一辈的尊长,对上一辈的尊长不孝和伤害的处罚一定比对同辈的伤害的处罚重,这是中国古代有关家族成员法律的一般原则,但敦煌悬泉汉简的此条律文却有明显地违背这个原则的规定。让我们看一下西汉初吕后二年《二年律令》中《贼律》的规定[①]:

子贼杀伤父母,奴婢贼杀伤主、主父母妻子,皆枭其首市。(三四)

子牧杀父母,殴詈泰父母、父母叚(假)大母、主母、后母,及父母告子不孝,皆弃市。……(三五)

殴兄、姊及亲父母之同产,耐为隶臣妾。其奊诟詈之,赎黥。(四一)

上述几条也是对家族成员保护的规定。从简文可

① 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》,文物出版社2001年版,第139、140页。

见,父母辈与兄、姊辈明显地不纳入一个条文中,即对父母辈及兄、姊辈的侵犯,由于处罚不同分别加以规定,这是法律条文在对同一类型犯罪规定时常用的方法。《二年律令》也是如此,再如简四二:

> 殴父偏妻父母、男子同产之妻、泰父母之同产,及夫父母同产、夫之同产,若殴妻之父母,皆赎耐。其奊诟詈之,罚金(四二)四两。(四三)

同前述《二年律令》的简四一相比较,对家族成员殴打和辱骂的对象不同,所受的处罚不同。所以,敦煌悬泉出土的西汉晚期的《贼律》有关对家族成员保护的简文的内容和原则,在对侵犯不同辈分的家族成员的处罚方面,与汉初《二年律令》的有关规定有着明显的不同。

此外,对比敦煌悬泉汉简第六号《贼律》与前述《二年律令·贼律》的简三四、三五可知,《二年律令》对殴打、伤害父母的行为处罚严酷,处以"弃市"的刑罚,面敦煌悬泉汉简中规定是处以"耐"及"司寇"。《二年律令》是汉初的法律,为什么如此严酷?其原因是什么?从现有出土的汉律中难以知晓。但是相关的史料却记载了这种严酷法律在汉初以至后来相当长一段时间内存在,《太平御览》六〇四引董仲舒《春秋决狱》:"'甲(父)乙

与丙争言相斗，丙以佩刀刺乙，甲即以杖击丙，误伤乙，当何论？'或曰：'殴父也，当枭论。'曰：'臣愚以父子至亲也，闻其斗莫不有怵惕之心，扶杖而救之，非所以欲诟父也。《春秋》之义，许止父病，进药与其父而卒，君子原心，赦而不诛。甲非律所谓殴，不当坐。'"

历来都认为汉初"约法省刑"，《二年律令》的这条规定和《春秋决狱》的内容都对此没有丝毫体现。那么是不是这条对家族成员保护的规定继承的是秦律的有关内容呢？睡简《法律答问》中有："'殴大父母，黥为城旦舂。'今殴高大父母，可(何)论？比大父母。"[①]"大父母"，为祖父母，"城旦舂"，如本书第二章所考证：它是一种劳役的刑罚，男称城旦，女称舂，为四年刑。可见，秦律中的处罚比《二年律令》中的处罚轻，但又比敦煌悬泉出土的《贼律》简文的规定重，因此，可以说在西汉末期，这方简法律的有关规定已经减轻。

唐律中对家族成员保护、惩罚侵害者的条款中，处罚力度基本与《二年律令》的规定相同：

> 诸詈祖父母、父母者绞，殴者斩；过失杀者流三千里，伤者徒三年。……(《唐律疏议·斗

① 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1990年版，第111页。

讼律》"殴詈祖父母父母"条)

所以,敦煌悬泉这枚简中有关保护家族成员、惩罚侵害人的条款,规定的惩罚力度比汉初《二年律令》等和以后的汉、唐律相关规定的处罚力度轻,体现了一种较为缓和的刑罚主张和观念,这种观念既未被后世法律所承接,也不是继承汉代初期以至于武帝时的法律,它应当是这个时期所特有的。

虽然,这枚简规定的处罚程度与《二年律令》中的规定有所不同,但它们共同体现出的对家族成员的法律保护、惩罚侵害人的法律思想是不可否认的。

2. 对婚外性行为的严厉处罚

《敦煌悬泉汉简释粹》编号七的简文对婚外性行为作了规定[①]:

> 诸与人妻和奸,及所与□为通者,皆完为城旦舂;其吏也以彊(强)奸论之。其夫居官…(Ⅱ0112②:8)

根据简文后括号内的内容可知,此简出土在Ⅱ号区,

① 《敦煌悬泉汉简释粹》,上海古籍出版社2001年版,第9页。

在 0112 探方号的第二层出土。《敦煌悬泉汉简释粹》前言中陈述："第二层为东汉至王莽时期堆积，厚约 0.3～0.5 米，出土简牍有东汉建武、永平、永元及王莽始建国、天凤、地皇等纪年。"[①]所以，该简的内容应当是王莽至东汉时期的法律。

此规定几乎与张简中《二年律令》中《杂律》的一九二简完全相同[②]：

> 诸与人妻和奸，及其所与皆完为城旦舂。其吏也，以强奸论之。（一九二）

意思是与他人的妻子通奸，通奸双方都要处以"完为城旦舂"的处罚。如果是官吏与他人妻通奸，官吏按强奸处罚。这个规定实际上是对家庭关系和封建道德的保护性条款，为了维护"道德伦常"和社会最小的细胞——家庭的稳定，禁止婚外性行为并对其进行严厉处罚，是各朝统治者一贯采用的做法。同时，对与他人妻子通奸的官吏按强奸论处，这不能不说是法律的先进性所在，体现了立法者的法律素质。这个规定也应当说是严

---

① 《敦煌悬泉汉简释粹》，上海古籍出版社 2001 年版，第 2 页。

② 《张家山汉墓竹简（二四七号墓）》，文物出版社 2001 年版，第 159 页。

格吏治的一种表现,防止官吏利用地位进行侵犯他人的活动。另见睡简的《法律答问》[①]:

> "内(纳)奸,赎耐"。今内(纳)人,人未蚀奸而得,可(何)论?除。(六五)

睡简整理小组认为这是容使坏人人内的条款。但有学者认为这条是关于通奸及未遂的条款,李学勤认为这也是有可能的。[②] 笔者也认为这是有关对通奸行为惩罚的规定。睡简的《封诊式》中有一篇捕送通奸犯的公文[③]:

> 奸 爰书:某里士五(伍)甲诣男子乙、女子丙,告曰:"乙、丙相与奸,自昼见某所,捕校上来诣之。"

公文说的是某里士伍甲押送来男子乙、女子丙,报告说:"乙、丙通奸,昨日白天在某所被发现,将二人捕获并

① 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社 1990 年版,第 108 页。

③ 何四维:《秦律遗文》,莱顿大学 1985 年版,第 138 页;李学勤:"何四维《秦律遗文》评介",《中国史研究》1985 年第 4 期。

③ 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社 1990 年版,第 163 页。

加木械送到。”由此可见秦代也是十分重视破坏社会管理秩序的通奸罪的。

唐律关于通奸的条款规定在《唐律疏议·杂律》的“奸”等条，先看“奸”条：

诸奸者徒一年半，有夫者徒三年。……【疏】议曰：和奸者男女各徒一年半，有夫者徒二年。

再看“和奸无妇女罪名”条：

诸和奸，本条无妇女罪名与男子同。强者，妇女不坐，其媒合奸通，减奸者罪一等。【疏】议曰：“和奸”，谓彼此同者。

可见唐律的规定基木与秦、汉律的规定相同，有关通奸进行处罚的法律原则也基本相同：采取严厉的惩罚手段，力求杜绝破坏道德伦常、影响家庭和社会稳定的行为。

那么《敦煌悬泉汉简释粹》七号简文中的“其夫居官……”的含义是什么呢，该书的作者认为：“……张家山汉简《奏谳书》二十一，有‘夫为吏居官，妻居家，日与它

男子奸,吏捕之弗得,□之,何论? 榖等曰:不当论。'(《文物》1995 年 3 期)疑简文未完部分大意是,其夫为吏居官,不当论。"[①]笔者认为,这里应分为两个部分来看:第一,若其夫为官,妻与他人通奸,该妻与和她通奸的人按律是应当受到惩罚的。第二,若其夫为官,妻与其他官吏通奸,这个"其他官吏"不应以强奸论处。《奏谳书》中案例二十一的内容只能说明没有证据即捉奸来成,被控告通奸的双方是不能被追究责任的,该案的核心应是"吏捕之弗得,□之,何论? 榖等曰:不当论。"律文空缺处应当是与"控告"有关的"告"或"举"等词。

综上,《敦煌悬泉汉简释粹》七号简包含两方面的法律思想:第一,对婚外性(通奸)行为进行严厉处罚,第二,严防官员利用职务之便从事违法犯罪活动。对官吏与他人通奸的,无论对方是自愿还是其他情况,均以强奸论,由于该七号简的内容与《二年律令》一九二号简的简文几乎完全相同,所以,它们体现的法律思想也是相同的。第一个方面的法律思想为唐代的法律所接受并在具体内容上有所细化。第二个独特的预防官员职务犯罪的法律思想则是一个非常值得研究的问题。

---

① 《敦煌悬泉汉简释粹》,上海古籍出版社 2001 年版,第 11 页。

3. 主张追究官员"劾案不实"

在中国古代,官员一般掌握着执法权和行政权,官员对案件的处理结果,直接关系到法律的贯彻执行和社会的稳定,这样,对官员审理案例过程中行为的监督就成为法律中一个必不可少的内容。对官员举劾案件不实进行追究,成为法律的重要原则之一。《敦煌悬汉简释粹》编号第十二简文的内容正是这个原则的体现[1]:

> 囚律:劾人不审为失,以其赎半论之。(Ⅱ0112①:1)

从简后括号的内容以及《敦煌悬泉汉简释粹》"凡例"和"前言"的介绍可知,该简出土在Ⅱ号区0112探方号的第一层[2]。第一层应为东汉时期,那么该简的内容也应是东汉时期的法律。

简文中首先是"囚律"的字样,这应当是一个很有价值的发现。在出土的以法律为主的竹简中,睡简和张家山汉简均无《囚律》的律名和条款出现,这枚简证实了史料所载的汉代《囚律》的确存在,也向我们提供了汉代《囚律》的内容,虽然内容很少,只有一条。《囚律》究竟

---

① 《敦煌悬泉汉简释粹》,上海古籍出版社2001年版,第17页。

② 同上书,前言、凡例。

包括哪些内容呢？据《晋书·刑法志》载："……囚律有诈伪生死，令丙有诈自复免，事类众多，故分为诈律。……囚律有告劾、传覆，厩律有告反逮受，科有登文道辞，故分为告劾律。囚律有系囚、鞫狱、断狱之法……"①可见，《囚律》主要是关于案件审理方面的法律规定。《敦煌悬泉汉简释粹》辑录的这枚简的简文内容也证明了史料的记载：将官员劾案不实认定为失职行为，对此行为必须进行一定的处罚。体现出对官员在审理案件中的责任追究制度和原则。这个内容和原则的发现填补了我们在研究张家山汉简的《二年律令》中没有《囚律》内容面无法研究其法律思想的缺憾。

关于官员劾案的问题，《汉书·百官公卿表》有："一曰中丞，在殿中兰台，掌图籍秘书，外督部刺史，内领侍御史员十五人，受公卿奏事，举劾按章。"②秦简中对官员劾案不当有多处内容，如睡简的《法律答问》③：

吏为吏刑罪，或端为，为不直。（三四）

睡简整理小组注释："失刑，用刑不当。""端，故意，

① 房玄龄等：《晋书》卷三十，《刑法志》，中华书局 1974 年版，第 924 页。
② 班固：《汉书》卷十九上，《百官公卿表》，中华书局 1962 年版，第 725 页。
③ 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社 1990 年版，第 101 页。

《墨子·号令》:'其端失火以为乱事者,车裂。'毕沅注:'言因事端以害人,若今律故犯。'""不直:不公正。见《语书》第二段注。〔二二〕"官吏按照用刑不当论处,如果是故意的,以不公正论处。这条规定不仅对官员的失职行为进行追究,还对失职行为区分了故意与过失,并分别给予不同的处罚。

可见,秦律对于在案件审理过程中官员失职行为的追究就已非常重视,《敦煌悬泉汉简释粹》中《囚律》的内容,使我们也了解到史料记载之外的法律的相关内容。虽然对官员失职行为追究的条款在《二年律令》的其他律文中也有规定,但是《囚律》条款和相关内容的发现,不仅使我们了解到其部分内容,也使我们进一步了解了《囚律》的一些法律思想和原则。

总之,《敦煌悬泉汉简释粹》中汉简律文的法律思想对我们了解汉代的法律思想提供了一些帮助,由于其简文的许多内容与张简简文的内容大致相同,它们所反映的法律思想也与张简中的一些法律思想有相同之处,有一些甚至还弥补了张简部分法律思想研究的缺憾。相信在其全部简牍释文公布后,其中更多的律文会对研究汉简的法律思想乃至秦汉时期的法律思想起到不可低估的重要作用。

二、《居延汉简》中的法律思想与张简法律思想的比较

1. 概述

居延汉简,指的是在汉代居延、肩水两都尉府的辖烽燧遗址所出土的简牍。时代约自西汉武帝末年(公元前一世纪)至东汉中期(公元一世纪)。关于居延汉简的发现主要有两次:第一次是1930年中国和瑞典的"西北科学考察团"在内蒙古额济纳河流域的汉代遗址(居延地区)发掘出土木简10529枚。第二次是1973年、1974年破城于(甲渠侯官)、保都格(甲渠塞第四燧)、额济纳河上游谷地北口东岸遗址(肩水金关)等地发掘出土竹木简计23000多枚。①

自居延汉简的第一次发现开始,关于它的研究工作一直在持续。劳榦先生、陈梦家先生是较早从事这项工作的学者,写出了许多这方面的专著和论文,有一定影响;中科院考古所对居延汉简进行了大量的整理工作,1980年出版了《居延汉简甲乙编》,完成了居延旧简的整理;1990年甘肃省博物馆等五家单位合编了《居延新

① 马今洪:《简帛发现与研究》,上海书店出版社2002年版,第16页。

简》。随着这些材料的公布，自上世纪70年代中后期开始，关于居延汉简的学术讨论逐渐展开，出版发表了许多论文和专著。日本也从上世纪50年代开始简牍研究，从森鹿三到大庭修，发表了许多关于居延汉简的研究专著和论文。上述的研究多为以考证和制度的研究为主，加之居延汉简中涉及法律制度等方面的内容相对较少，对居延汉简中有关涉及法律方面简册的法律思想研究基本没有展开，与同时期汉简法律思想的比较几不甚见。

本部分试图结合居延汉简中一些有关法律方面的简文，对其法律思想作初步探讨，并尝试与张简中的一些法律思想相比较。需要说明的是，由于居延汉简数目繁多，在此仅只就个别简文的法律思想与张简中的法律思想对比并加以探讨，不对居延汉简整体的法律思想进行论述。

2."候粟君所责寇恩事"中的法律思想与《二年律令》中的诉讼法律思想

在居延汉简的挖掘中，出土了一册完整的与法律有关的简文，即汉建武三年的"候粟君所责寇恩事"册，该册计木楬一枚、本简三十五枚，共计三十六枚。"这是关于甲渠候粟君与客民寇恩诉讼之事的部分存档材料。简三六号是档案的标笺。寇恩因粟君无理扣押了他的车器，并抵赖他为粟君买米肉所出的钱，告发了粟君。可是粟君却致书居延县庭，反诬寇恩卖掉借他的牛不赔，得不

偿失。于是，'验问了'寇恩，其口供即本册的简一至二〇。后来，粟君又致书居延都尉府，府令重新验问寇恩，第二次口供即简二一至二八。都乡啬夫宫将此口供连简报告（简二九至三二）一起上报，由居延县批转（简三三至三五）甲渠候官。看来，粟君的官司是打输了，册中关于居延高级官吏合伙经商，盘剥雇工，为非作歹；居延、河西的经济、交通；当时的法律、诉讼及司法程序等情况，记述详尽。如'先以'证财物故不以实，赃五百以上；辞已定，满三日而不更言请者，以辞所出入罪反罪，之律辨告，乃爰书验问'。是指验问之前，先向被验问者宣布有关的法律条文，讲明利害。不仅记载了反律原文，而且记录了审讯实况，实属难得。"[1]

通过这个案件的诉讼过程，可以了解到案件所反映的以下法律思想：

（1）主张对当事人诉讼权利的保证

在民事案件的诉讼过程中，给予当事人充分的和全面的诉讼权利，无论当事人是有爵者还是普通百姓。我们先看下列两段的简文：

建武三年十二月癸丑朔乙卯，都乡啬夫宫

① 甘肃居延考古队："居延汉代遗址的发掘和新出土的简册"，《文物》1978年第1期。

以廷所移甲渠候书召恩诣乡。先以"证财物故不(E.P.F22:1)[①]以实,臧五百以上,辞已定,满三日而不更言请者,以辞所出入,罪反罪"之律辨告,乃(E.P.F22:2)爰书验问,恩辞曰"……"。

建武三年十二月癸丑朔戊辰,都乡啬夫宫以廷所移甲渠候书召恩诣乡。先以"证财物故不以实,臧五百以上;辞以定,满三日而不更言请者,以辞所出入,罪反罪"之律辨告,乃爰书验问。恩辞曰:"……(E.P.F22:21)"。

从这两次询问中,可知在询问时法律给予了平民寇恩两项权利:

第一,对案件所要适用法律的知情权。每次乡啬夫宫在询问寇恩之前都要先告知其相关的法律规定。虽然两次询问时所要告知的法律内容是一样的,但是都完整地告知,没有因为第二次的内容与第一次相同而省略。我们虽不能具体了解汉代审理民事案件的诉讼程序是如何规定的,从上述过程可见,法律首先要求案件当事人(该案中寇恩是被告)享有了解法律的权利,其次这种知

① 本文关居延汉简的内容,均出自文物出版社1990年出版的《居延新简》,以及文物出版社1987年的《居延汉简释文合校》,简号有EPF等者,见于《居延新简》,简号为阿拉伯数字的为《居延汉简释文合校》。

情权不因各种原因如上次已经告知等而被省略或取消。法律的神秘性和专业性一直是统治者为了维护其统治地位采用的方法之一，只有统治阶层以及统治阶层认可的专业人士才能够了解法律和通晓法律，平民和非专业人员被禁止或难以知晓法律的具体内容。在这个案件中，乡啬夫询问前就告知当事人法律的做法给我们透露了这样一个信息，司法官员试图或已经在消除法律的权威或神秘地位，法律正在走向平民。同时，我们又看到了此事的另一方面，即司法官员的作用，他们不仅有执行国家法律的权力，还有宣传国家法律的义务或责任。

平民寇恩在被询问时事有的第二个权利就是为自己辩护和陈述事实的权利，虽然说这是每个人最基本的权利之一，但是我们不能忘记，控告寇恩的是“候”，是有身份和地位的。不同身份和等级的人们之间在诉讼中的权利和义务的不对等以及等级较低的人的权利被剥夺是常有的事。如《二年律令》的《告律》中有：“年未盈十岁及毄(系)者、城旦舂、鬼薪白粲告人，皆勿听。”[①]一些人由于年龄和身份的问题被剥夺了起诉的权利。所以，作为一个被有身份和地位的“候”控告的平民，享有充分地为自已辩解和陈述事实的权利是比较难得的。

① 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》，文物出版社 2001 年版，第 151 页。

充分保证当事人诉讼权利的法律思想，在中国的封建社会中是非常可贵的。本书第二章所述张简的诉讼法律思想，也涉及对当事人权利保护问题，如注重制定审判监督程序，注重对当事人的司法救济等。与“候粟君所责寇恩事”案中保护当事人权利的法律思想是相同的，不同的只是表现形式。可以说，这是对本书第二章中有关《二年律令》中诉讼法律思想的探讨的一个补充。

(2)重视口供

将当事人对自己的证明作为案件审理结果的重要依据。在这个案件中，审理此案并作出判决的官员居廷令及守丞根据的是乡啬夫的“辞”，并且是案件被告人寇恩自己对自己的证明。即所谓“爰书自证”。这是一种很特殊的处理案件的原则和方式，本书对张简《奏谳书》中“女子甲与男子丙奸”案的法律思想进行过分析，此案发生在汉初(公元前200年左右)，案件的判决体现了“以事实为依据，以法律为准绳”的主导思想和原则。为什么到了汉建元三年(公元前138年)会出理案件判决的依据是“爰书自证”的情况？即以当事人自己证明自己的证词作为判决的依据？对此还难以从这些案件和汉代的相关律文中找到答案。但是有一点可以肯定，当事人自证的法律文书可以成为案件判决的重要或主要依据，这是一个很特殊的法律原则，如果深一步探讨这个原则

的实质，那就是“重口供”。这个重视口供的法律原则是在没有相关旁证的情况下可使用，还是可以直接使用，在使用时是否需要任何附加条件，简册的文字中没有提供相关信息。但它与上述张简《奏谳书》案例中所体现的审判案件的原则有着本质区别的事实是不可否认的。

3. 居延汉简的军事管理法律思想初探

在居延汉简中，大量的简文涉及戍边军卒的日常生活和管理方面的内容，本部分试图从一些反映戍卒管理方面的简文中对其军事管理法律思想作一尝试性的探讨。由于张简中没有关于军事管理方面的律文，对其军事管理法律思想无从探究。此部分对居延汉简军事法律思想的研究，可以使我们了解部分汉代的军事管理法律思想，补充张简中无军事法律思想的缺憾。

(1)主张对戍卒的严格控制和管理

戍卒，直接关系到国家的安全和边防的稳固，对戍卒的严格控制和管理成为当时军事法律思想的首要内容。以下诸简是关于戍卒名籍的内容：

戍卒南阳武当县龙里张贺年卅长七尺二寸黑色(E.P.C:34)

戍年汝南郡西平中信里公乘李参年廿五长七尺一寸(15.22)

河南郡河南县北中里公乘史游年卅二长七尺二寸黑色☐(43.7)

简文中将每个戍卒的籍贯、爵位、姓名、年龄、身高甚至肤色都进行了详细记录，从简文的内容看，记录有一定的格式和要求。这是有关戍卒名籍的内容，有了戍卒的名籍，对名籍的管理也很严格。

元凤元年十一月己巳朔乙未骍马农令宜王丞安世敢言之谨逮移年名籍一编敢言之。(19.34)

不侵部建始二年六月年名籍(262.14)

对戍卒的控制和管理，戍卒名籍是重要的依据，从名籍的内容能使上级掌握军队人员的增减变动等情况，上述简文的移送、建立的情况记录对此有所反映。再看以下简文：

第八燧年宋□伤汗饮药十齐癸未医行☐(257.6A)

侯长敞言□□燧年陈崇道□病伤汗头痛抚□□即日加□腹(E.P.T4:101)

甲沟候官始建国天凤一年十二月戍年病死

爰书旁行(E. P. T57:8)

这些简文记录了戍卒的疾病、死亡情况。戍卒的健康与死亡情况,关系到军队的战斗力等问题,所以,在这个方面的管理也成为部队日常管理制度的一个重要方面。

从上述关于戍卒名籍、名籍管理以及戍卒的疾病、健康方面的简文可见,在军事管理的法律制度方面,统治者十分重视戍卒的基本情况,也正是这些基本情况,才能真实地反映军队的实际状况:如数量、战斗力等。这也是对戍卒进行严格控制和管理的军事法律思想的一种体现。只有通过这种严格控制和管理的方式,并在以其为主导思想的模式的实施过程中,才能逐步达到对军队整体有效控制的目的。

(2)注重政策法令的学习

政策法令的学习,在对军队的日常管理、增强军队对皇帝的效忠等方面具有很重要的作用。大量出土的居延简说明:当时的军队对此是十分重视的。李振宏在其《居延汉简与汉代社会》一书中,对此进行了比较深入的论证[1],笔者也基本同意他的观点。比如,当时戍卒非常

① 李振宏:《居延汉简与汉代社会》,中华书局2003年版,第112—117页。

注意“学习天子诏令、政策法令”。下列简文正是对此观点的反映：

建武四年五月辛巳朔戊子甲渠塞尉放行候事敢言之诏书曰吏三百石庶民嫁娶毋过万五千关内候以下至宗室及到列候子娉聚(娶)各如令犯者没入所齎奴婢财物县官有无(E. P. F22:45A)

掾谭(E. P. F22:45B)

建武四年五月辛巳朔戊子甲渠塞尉放行候事敢言之府移使者□

所诏书曰毋得屠杀马牛有无四时言●谨案部吏毋屠杀马牛者敢□□(E. P. F22:47A)

掾谭(E. P. F22:47B)

建武四年五月辛巳朔戊子甲渠塞尉放行候事敢言之诏书曰吏民

毋得伐树木有无四时言●谨案部吏毋伐树木者敢言之(E. P. F22:48A)

掾谭(E. P. F22:48B)

李振宏认为:“这三组简中都有‘甲渠塞尉放行候事敢言之’,说明这些诏书都是由名叫‘放’的甲渠塞尉转

发的。这些由各级层层转发的诏书,都是当朝的现行政策。从简文背面的'掾谭'二字看,这些简是诏书发下来之后,经过对照检查,就本部情况作出的说明。也就是说,这三组简是'掾谭'对上级的呈文。但它也足以说明,简中所反映的诏书,在基层屯戍吏中是认真贯彻、学习过,并作了对照检查的。"[①]

在中国的封建社会,皇帝的诏书是法律的组成部分,它反映最高统治者的意志,对它的学习和贯彻应当是军队管理中不可缺少的组成部分。居延汉简中大量此类的简文,恰恰说明基层军队对皇帝诏令的重视,同时也可见当时皇帝诏令下达的渠道是非常通畅的。

注意对政策法令的学习,李振宏认为还表现在"学习建汉以来的各项法令文书"以及"学习地方与政府、各级屯戍官署的政策法令"方面。[②] 实际上,对各项法律制度或法律有关的政策的学习和了解,有助于提高戍卒的素质,增强军队的凝聚力,这应当是军事管理法律思想中必不可少的组成部分。值得注意的是,在汉代的边关,军队的法律学习、教育成为日常生活的不可缺少的内容,可见当时的军队统治者在军事管现方面对律是非常重视的。

---

① 李振宏:《居延汉简与汉代社会》,中华书局 2003 年版,第 113 页。

② 同上书,第 113—116 页。

总之，由于居延汉简数量多，内容庞杂，涉及法律方面的简文较少，对其法律思想的研究有一定难度。但是其中有关军事管理方面的法律思想却补充了张简《二年律令》中无军事法律思想的缺憾，使我们对汉代的军事法律思想也有了初步的认识。

三、《王杖十简》、《王杖诏书令》的法律思想与张简中法律思想的比较

《王杖十简》与《王杖诏书令》都涉及受杖制度，张简《二年律令》中也有关于受杖制度的规定，本部分将就它们所反映的法律思想加以比较分析研究。

1.《王杖十简》

1959 年秋，甘肃省博物馆文物工作队在武威磨咀子一八号汉墓中发掘木简十枚，即著名的《王杖十简》。该简出土后，关于其排列顺序、篇止编次以及时间等问题，争议颇大。本书以 1984 年 9 月出版的《汉简研究文集》中署名武威县博物馆的《武威新出土王杖诏令册》一文中的排列为据。[①]

---

① 甘肃省文物工作队、甘肃省博物馆编：《汉简研究文集》，甘肃人民出版社 1984 年版，第 60 页。

制　诏丞相御史：高皇帝以来至本[始]二年，勝(朕)甚哀老小。高年受王杖，上有鸠，使百姓望见之

●比于节，有敢妄骂詈殴之者，比逆不道，得出入官府郎弟，行驰道旁道，市卖复毋所与

●如山东复。有旁人养谨者常养扶持，复除之，明在兰台石室之中，王杖不鲜明

●得更缮之。河平元年，汝南西陵甚昌里先，年七十，受王杖，颊部游徼吴赏，使从者

●殴击先，用诧(诉)，地大守上谳廷尉，报：罪名

●明白，赏当弃市。

制　诏御史曰：年七十受王杖，比六百石，入官廷不趋，犯[非]罪耐以上，毋二尺告劾，有敢征召、侵辱

●者，比大逆不道。建始二年九月甲辰下。

●兰台令第卅三御史令第卌三　尚书令灭受在金

●孝平皇帝元始五年幼伯生，永平十五年受王杖。

对上面的简文，先看一下其基本含义：制诏(命令)

丞相御史：自高祖以来至本始二年（公元前72年），朕十分哀怜老少。对高龄老人授以王杖，王杖上有鸠作饰，使百姓看到就像持节一样，如果有敢于对受杖的老人殴打、谩骂的，比照“逆不道”罪处理。受杖的老人可以出入官府，行走于驰道的旁道，在集市做生意不征税如同对“山东”人一样。如果有其他人长期赡养老人，免除其赋税。这种令陈放在兰台的石室之中，如果王杖陈旧则需要修理。河平元年（公元前28年），汝南西陵县昌里一个叫先的人，在七十岁时被授王杖，颊部游徼吴赏让随从殴打先，先起诉，汝南太守向廷尉请示该案的处理，廷尉回复：罪行清楚，罪名成立，吴赏应处弃市。制诏（命令）御史：年满七十岁的受王杖，地位和食俸同六百石的官吏，进入官廷不需小步疾走，在无人告劾时，有敢于征召他服役或冒犯侮辱的人，按大逆不道论处。此诏令为建始二年（公元前31年）颁布。此诏令载于兰台令的第三十三、御史令的第四十三之中。尚书令灭接受此诏令，置于金匮石室。（西汉）孝平帝元始五年（公元5年）幼伯生，（东汉）永平十五年（公元72年）接受王杖。

2.《王杖诏书令》册

1981年9月，甘肃省武威县文物管理委员会在该县新华公社缠山大队袁德礼处征集到木简26枚，该简背面

有编号。此简册即为《王杖诏书令》册，内容如下[①]：

制诏　御史年七十以上人所尊敬也非首杀伤人毋告劾也毋坐年八十以上生日久乎

（正面，下同）

第一（背面，下同）

年六十以上毋子男为鲲女子年六十以上毋子男为寡贾市毋租比山东复

第二

人有养谨者扶持明著令兰台令第卌二

第三

●孤独盲珠孺不属律人吏毋得擅征召狱讼毋得殴布告天下使明知朕意

第四

夫妻俱毋子男为独寡田毋租市毋赋与归义同沽酒醪列肆尚书令

第五

臣咸再拜受诏　建始元年九月甲辰下

第六

① 此内容根据大庭修《汉简研究》所载的"王杖诏书令"册的简文及照片。大庭修:《汉简研究》,广西师范大学出版社 2001 年版,第 40—44 页。

●汝南太守谳尉史有殴辱受王杖主者罪名明白

第七

制曰 谳何应论弃市云阳白水亭长张熬坐殴抴受王杖主使治道男子王汤

第八

告之即弃市高皇帝以来至本始二年朕甚哀怜耆老高年赐王杖

第九

上有鸠使百姓望见之比于节吏民有敢骂詈殴辱老逆不道

第十

得出入官府节第行驰道中列肆贾市毋租比山东复

第十一

长安敬上里公乘臣广昧死上书

第十二

皇帝 陛下臣广知陛下神零覆盖万民哀怜者小受王杖丞诏臣广未

第十三

常有罪耐司寇以上广对乡吏趣未辨广对质衣僵吏前乡吏

第十四

（第十五缺）

下不敬重父母所致也郡国易然臣广愿归王杖没入为官奴

第十六

臣广昧死再拜以闻

第十七

皇帝 陛下

第十八

制曰 问何乡吏论弃市毋须时广受王杖如故

第十九

元延三年正月壬申下

第廿

制诏 御史年七十以上杖王杖比六百石入官府不趍吏民有敢殴辱者逆不道

第廿一

弃市令在兰台 第卌三

第廿二

汝南郡男子王安 世坐桀黠击鸠杖主折伤其杖弃市南郡亭长

第廿三

司马护坐擅召 鸠杖主击留弃市长 安东

乡啬夫田宣坐殺

第廿四

鸠杖主男子金里　告之弃市陇西男子张汤

坐桀黠击王杖主折伤

第廿五

其杖弃市亭长　二人乡啬二人白衣民三

人皆坐殴辱王杖功弃市

第廿六

■　右王杖诏书令在兰台第卌三

参照大庭修在《汉简研究》中对此部分的译文，上面简文译成现代汉语的基本含义是：

制诏（命令）御史：年龄七十岁以上的老人是人们应当尊敬的。如果不是杀伤人的首犯，不要控告举劾，不需要承担刑事责任。八十岁以上的人，活在世上的时间不会很久吧？六十岁以上没有儿子的男人称鲲（鳏），女子六十岁以上无子称寡。鲲寡在市场做生意不收租税，与山东的收税（免除租税）一样。对赡养照顾这些老人的，在税收方面给予照顾。将这些规定明确地写在法令中。兰台令第四十二。

对于孤、独、盲及侏儒等不属于法律管辖的人，官吏不能擅自征召；涉及诉讼时，不能捆绑他们。将此布告天

下，使人们了解朕的用意。无儿子的夫妻称独寡，对他们不征收田租和市税，与归顺中国的少数民族同等对待，允许他们在市肆卖酒与沽酒。尚书令咸再拜接收诏令。建始元年（公元前32年）九月甲辰下达。

汝南太守向廷尉请示案件。一个官吏殴打侮辱有王杖的人，罪行清楚、罪名成立。制曰：对罪行进行了讨论，应当处以弃市。云阳县白水亭长张熬，殴打、拉拽受王杖者，并让他修路。男子王汤告发此事，张汤被处以弃市。自高皇帝（汉高祖刘邦）以来，至本始二年，朕对高龄的老人十分哀怜，将被装饰了鸠的王杖赐与高龄者，百姓一看便知，就像持节一样。官吏与平民如果有谩骂、殴辱王杖主人的行为，是“逆不道”罪，持杖者可以出人官第，乘车在驰道旁道上行驶，在市场上进行贸易，免征租税，与对山东的收税相同。

长安敬上皇公乘臣广冒死向皇帝陛下上书：臣广清楚地知道陛下乃人间神灵，施惠覆盖子万民，垂怜老小。承受陛下诏书，被授予王杖。臣广从未犯过耐为司寇以上的罪。由于对乡吏催办的事情没有办理，受到乡吏的质问，我在乡吏面前未屈服……下。这是由于乡吏由不敬重父母的意识导致，在郡国中也有这种意识。我因此愿归还王杖，没身为官奴。臣广冒死再拜，以求皇帝能够了解此事。制曰：还需要问什么！乡吏立即处以弃市，不

需按法律规定的时间执行。广仍持有王杖。元延三年(公元前 10 年)壬申下诏。

制诏(命令)御史:七十岁以上持有王杖的人,与六百石的官吏待遇相同,出入官府不必小步快走,官吏和平民对其有殴打、辱骂行为的,以"逆不道"罪处以弃市的刑罚。此令在兰台令的四十三。汝南郡县王安世,凶恶狡黠,击打持鸠杖的老人,折断其杖,被处以弃市。南郡亭长司马护,擅自传召持鸠杖的老人,殴打并扣留,被处以弃市。长安东乡啬夫田宣,殴打持鸠杖老人,被男子金里告发,田宣被处以弃市。陇西男子张汤,凶恶狡黠,殴打持王杖的老人,折断其杖,被处以弃市。有亭长二人、乡啬夫二人、平民三人郡因为殴打、侮辱持王杖的老人被处以弃市。

以上为王杖诏书令,在兰台第四十三。

3.《王杖十简》、《王杖诏书令》册的法律思想与张简中法律思想的比较

从《王杖十简》与《王杖诏书令》册的内容看,其时间跨度在公元前 72 年至公元 72 年,为西汉中后期至东汉初。此时期,正是如吏料所载的汉武帝提出的"罢黜百家、独尊儒术"的思想逐渐形成、确立和开始实施的时期。[①]

---

① 公元前 72 年为汉宣帝本始二年,史学界对儒家思想真正取得统治地位的比较一致的看法是汉元帝时期(公元前 48 年—公元前 33 年)。

那么《王杖十简》与《王杖诏书令》册(以下简称"简、册")是否受到了儒家思想的影响,其历史渊源如何呢?这里有必要加以分析。

"简、册"的内容都是关于授予年七十以上的老人以鸠杖及其所享有的权利等,在这里具体比较总结如下:

1. 授予年七十以上的老人鸠杖。(简、册)

2. 非杀人或伤人的首犯,不要告劾,也不追究刑事责任。(册)

3. 在市场上经商不征收赋税。(简、册)

4. 对赡养老人的人给予优待。(简、册)

5. 待遇同六百石的官员。(简、册)

6. 可以出入官府,行于驰道旁道,人宫廷不用小步疾走。(简、册)

7. 有殴打、辱骂、征召年龄七十以上持扶者的行为等,按"逆不道"罪处理。处以弃市。(简、册)

上述内容集中体现的法律思想是:尊老敬长。正如《王杖诏书令》册第一枚简所述:"七十以上人所尊敬也。"这也与汉书所载的内容相印证。《汉书·惠帝纪》有:"民年七十以上若不满十岁有罪当刑者,皆完之。"[①]虽与"简、册"中有关对年七十以上不予处罚的规定有所

---

① 班固:《汉书》卷二,《惠帝纪》,中华书局1962年版,第85页。

不同,但也是一种轻刑。到了汉景帝时期(公元前156年—公元前141年),曾在后元三年下诏曰:"高年老长,人所尊敬也;鳏寡不属逮者,人所哀怜也。其著令:年八十以上,八岁以下,及孕者未乳,师、侏儒、当鞠系者,颂系之。""师古曰:颂读曰容,容,宽容之,不桎梏。"[①]内容与"简、册"所载基本一致,可见"尊老敬长"的法律思想在法律中具体规定的变化过程。不论法律的具体规定由于时代不同而如何有所异差,而这种法律思想在汉代一直是没有变化的。如受杖制度在汉初的张简《二年律令》中就有所规定[②]:

> 大夫以上年七十,不更七十一,簪袅七十二,上造七十三,公士七十四,公卒、士五(伍)七十五,皆受仗(杖)。(三五五)

张简的此条规定在《二年律令》的《传律》中,《传律》如李学勤所言:"传律是关于传籍制度的规定。依爵级不同,规定哪一爵到多少岁为睆老或免老,到多少岁受杖,到多少岁领取特殊的月米;……"[③]张简整理小组注

---

① 班固:《汉书》卷二十三,《刑法志》,中华书局1962年版,第1106、1108页。
② 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》,文物出版社2001年版,第181页。
③ 李学勤:《简帛佚籍与学术史》,江西教育出版社2001年版,第197页。

释:“传,传籍。《汉书·高帝纪》注:‘传,著也。言著名籍,给出家徭役也。’……”[①]所以,体现“尊老敬长”法律思想的如“受杖”、“睆老”、“免老”等制度在汉初的张简中就有明文规定。虽然《二年律令》中的这些规定大多涉及的是有爵位的人,但是不能否认这种法律思想在法律中的存在和延续。

崔永东在其《简帛文献与古代法文化》一书中指出:《王杖十简》和《王杖诏书令》册是儒家思想的法律化,并认为:“王杖十简和王杖诏书令册之简文中所反映的儒家刑法思想主要包含这样两个方面的内容:一方面是宽刑主义,宽刑的对象是七十岁的并接受减免刑罚,这是对西周以来‘明德慎罚’传统的继承;另一方面是重刑主义,重刑的对象是那些殴辱王杖主的人,他们均以‘逆不道’的罪名被处死,这是对破坏儒家伦理秩序之行为的惩治,无论是宽刑主义还是重刑主义,可以说都是儒家尊老敬长、维护皇权思想在刑法领域中的体现。”[②]笔者十分赞成关于《王杖十简》和《王杖诏书令》中包含有“宽刑主义”和“重刑主义”法律思想的观点。但这些是否为儒家思想的法律化,还需要进一步研究。

---

① 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》,文物出版社 2001 年版,第 18 页。

② 崔永东:《简帛文献与古代法文化》,湖北教育出版社 2003 年版,第 257 页。

“尊老敬长”是人类社会自古至今的最基本的伦理之一。在古今中外的法律中,这个古老的传统和风俗往往蜕变为法律,成为法律的基本原则。在中国古代,这个风俗也往往蜕变成礼制,为各家学派所吸收。所以,某一种法律思想,到底是某家学派的思想观点还是法律承袭的古代的传统和风俗经常成为学者们争论的问题。应当注意的是,某一种法律思想的渊源和出处在法律思想史的研究中并不是一个十分重要的关键问题。我们研究法律思想史,分析某种法律思想的关键在于它在当时社会和法律中的作用,对当今的法律思想和一些立法原则有无影响和借鉴等。对某种思想渊源或归属的探讨是手段而不是目的。正如“尊老敬长”这个法律思想,在几千年的中国社会中一直被视为法律的基本思想和原则之一,时至今日,在我国现行法律的基本原则中也有所体现。

综上所述,笔者认为,《王杖十简》与《王杖诏书令》册所体现出的“尊老敬长”的法律思想应当说与儒家的某些礼法观念是相同的,在汉代,这种法律思想和观念在张简的《二年律令》中就已经被确立下来,它在汉代及汉代以后中国的法律中具有十分重要的地位和作用。

结　语

在张简法律制度的基础上,对比睡简和《唐律疏议》的有关内容,并结合史料对其法律思想进行研究,使我们对张简的法律思想有比较深刻的认识,同时也了解了一些法律思想的历史沿革。张简的法律思想,对从秦至唐中国古代社会法律思想发展和演变的研究起到了承上启下的作用,对中国法律思想史的研究有重要意义。

"汉承秦制"为学界历来所公认,在法律思想上是否也如此呢?一般认为,汉初的法律思想是以黄老思想为指导,主张"清静无为"、"约法省刑",其主要依据是史料所载的"约法三章"[①]等内容,实际上,这是对汉初制法情况的忽视,虽然《汉书》中载:公元前202年,刘邦命萧何作《九章律》,[②]但由于无法知晓汉初《九章律》等法律的详细内容,因此依据一些零星记载,认为汉初的法律比秦

① 司马迁:《史记》卷八,《高祖本纪》,中华书局1959年版,第362页。

② 班固:《汉书》卷二十三,《刑法志》,中华书局1962年版,第1096页。

律简约，在法律思想上是以黄老思想为主的看法是片面的。张简的发现，使研究者不得不对汉初的法律思想加以重新思考。在诉讼法律思想方面，张简为我们提供了丰富和比较详细的内容。有关土地管理方面的法律思想不仅内容全面，同时某些内容也印证了侯外庐《中国思想通史》中的一些观点。

从与古罗马法律思想的对比可知，张简的法律思想与古罗马的法律思想有着许多共同的特点：重视对君权和家族的维护、视奴婢如财产等。随看学界对张简法律思想研究的进一步重视和深入，人们不仅会对汉初的法律思想有一个崭新的认识，该方面的研究成果也必将对汉代乃至中国法律思想史的研究提供更加丰富和全面的内容。

主要参考文献

1. 班固:《汉书》,中华书局 1962 年版。
2. 范晔:《后汉书》,中华书局 1965 年版。
3. 许慎:《说文解字》,中华书局 1963 年版。
4. 房玄龄等:《晋书》,中华书局 1974 年版。
5. 长孙无忌等:《唐律疏议》,中华书局 1983 年版。
6. 阮元校刻:《十三经注疏》,中华书局影印本 1980 年版。
7. 苏与:《春秋繁露义证》,中华书局 1992 年版。
8. 陈立:《白虎通疏证》,中华书局 1994 年版。
9. 司马迁:《史记》,中华书局 1959 年版。
10. 朱熹集注:《四书集注》,岳麓书社 1985 年版。
11. 王先慎:《韩非子集解》,中华书局 1998 年版。
12. 王先谦:《荀子集解》,中华书局 1988 年版。
13. 蒋礼鸿:《商君书锥指》,中华书局 1986 年版。
14. 刘文典:《淮南鸿烈集解》,中华书局 1989 年版。
15. 王利器校注:《盐铁论校注》,中华书局 1992 年版。
16. 孙星衍:《尚书今古文注疏》,中华书局 1986 年版。
17. 皮锡瑞:《今文尚书考证》,中华书局 1989 年版。
18. 洪亮吉:《春秋左传诂》,中华书局 1987 年版。
19. 王聘珍:《大戴礼记解诂》,中华书局 1983 年版。
20. 王明德撰,何勤华等点校:《读律佩觿》,法律出版社 2001 年版。
21. 程树德:《九朝律考》,中华书局 2003 年版。
22. 沈家本:《历代刑法考》,中国检察出版社 2003 年版。
23.《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》,文物出版社 2001 年版。

24.《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社 1990 年版。
25.《尹湾汉墓简牍》,中华书局 1997 年版。
26.《居延汉简甲乙编》,中华书局 1980 年版。
27.《敦煌悬泉汉简释粹》,上海古籍出版社 2001 年版。
28.《关沮秦汉墓简牍》,中华书局 2001 年版。
29.《居延新简》,文物出版社 1990 年版。
30. 谢桂华、李钧明、朱国炤:《居延汉简释文合校》,文物出版社 1987 年版。
31. 侯外庐、赵纪彬、杜国庠:《中国思想通史》第一、二卷,人民出版社 1957 年版。
32. 侯外庐:《中国古代社会史》,河北教育出版社 2003 年版。
33. 张岂之主编:《中国思想史》,西北大学出版社 1989 年版。
34. 张岂之:《儒学·理学·实学·新学》,陕西人民出版社 1991 年版。
35. 张岂之:《中华人文精神》,西北大学出版社 1997 年版。
36. 葛兆光:《中国思想史》第一卷,导论,复旦大学出版社 1998 年版。
37. 张国华、饶鑫贤主编:《中国法律思想史纲》,甘肃人民出版社 1984 年版。
38. 杨鸿烈:《中国法律思想史》,商务印书馆 1998 年影印版。
39. 张国华:《中国法律思想史新编》,北京大学出版社 1998 年版。
40. 周密:《中国刑法史》,群众出版社 1998 年版。
41. 翦伯赞:《秦汉史》,北京大学出版社 1999 年版。
42. 冯友兰:《中国哲学简史》,北京大学出版社 1996 年版。
43. 罗振玉、王国维编著:《流沙坠简》,中华书局 1993 年版。
44. 陈梦家:《汉简缀述》,中华书局 1980 年版。
45. 李学勤:《简帛佚籍与学术史》,江西教育出版社 2001 年版。
46. 李学勤:《中国古代文明十讲》,复旦大学出版社 2003 年版。
47. 李学勤:《走出疑古时代》,辽宁大学出版社 1997 年版。
48. 彭林:《中国古代礼仪文明》,中华书局 2004 年版。
49. 黄留珠:《秦汉历史文化论稿》,三秦出版社 2002 年版。
50. 黄留珠:《周秦汉唐文明》,陕西人民出版社 1993 年版。
51. 刘俊文:《唐律疏议笺解》,中华书局 1996 年版。
52. 林剑鸣等:《秦汉社会文明》,西北大学出版社 1985 年版。
53. 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局 2003 年版。
54. 沈颂金:《二十世纪简帛学研究》,学苑出版社 2003 年版。

55. 马今洪:《简帛发现与研究》,上海书店出版社 2002 年版。
56. 李均明:《古代简牍》,文物出版社 2003 年版。
57. 崔永东:《简帛文献与古代法文化》,湖北教育出版社 2003 年版。
58. 甘肃文物工作队、甘肃省博物馆编:《汉简研究文集》,甘肃人民出版社 1984 年版。
59. 丁四新主编:《楚地出土简帛文献思想研究》,江西教育出版社 2002 年版。
60. 赵化成、高崇文等:《秦汉考古》,文物出版社 2002 年版。
61. 谢维扬、朱渊清主编:《新出土文献与古代文明研究》,上海大学出版社 2004 年版。
62. 艾兰、邢文编:《新出简帛研究》,文物出版社 2004 年版。
63. 李学勤、谢桂华主编:《简帛研究(二〇〇一)》上、下册,广西师范大学出版社 2001 年版。
64. 李零:《简帛古书与学术源流》,三联书店 2004 年版。
65. 张显成:《简帛文献学通论》,中华书局 2004 年版。
66. 李振宏:《居延汉简与汉代社会》,中华书局 2003 年版。
67. 曹旅宁:《秦律新探》,中国社会科学出版社 2002 年版。
68. 武树臣:《儒家法律传统》,法律出版社 2003 年版。
69. 周密:《商鞅刑法思想及变法实践》,北京大学出版社 2002 年版。
70. 徐凯:《中国历史上的重要革新与变法》,商务印书馆 1998 年版。
71. 程维荣:《中国审判制度史》,上海教育出版社 2001 年版。
72. 杨鹤皋:《魏晋隋唐法律思想研究》,北京大学出版社 1995 年版。
73. 熊先觉:《中国司法制度简史》,山西人民出版社 1986 年版。
74. 郑显文:《唐代律令制研究》,北京大学出版社 2004 年版。
75. 崔永东:《中国法律思想史》,北京大学出版社 2004 年版。
76. 范忠信:《中国法律传统的基本精神》,山东人民出版社 2003 年版。
77. 朱勇:《中国法律的艰辛历程》,黑龙江人民出版社 2002 年版。
78. 马作武主编:《中国传统法律文化研究》,广东人民出版社 2004 年版。
79. 中国政法大学法律古籍整理研究所:《中国古代法律文献研究》第二辑,中国政法大学出版社 2004 年版。
80. 法苑精萃编辑委员会:《中国法史学精萃》,机械工业出版社 2002 年版。
81. 郭建:《制度文明与中国社会》,长春出版社 2004 年版。

82. 何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精萃》第一卷,法律出版社 2003 年版。
83. 杨鹤皋主编:《中国法律思想史》,北京大学出版社 1988 年版。
84. 马小红:《礼与法的历史连接》,北京大学出版社 2004 年版。
85. 苏俊良:《汉朝典章制度》,吉林文史出版社 2001 年版。
86. 任爽:《唐朝典章制度》,吉林文史出版社 2002 年版。
87. 张显成主编:《简帛语言文字研究》第一辑,巴蜀书社 2002 年版。
88. 张晋藩:《中国法律史论》,法律出版社 1982 年版。
89. 杨鹤皋:《中国古代法律思想论集》,中国政法大学出版社 2003 年版。
90. 何勤华:《法律文化史论》,法律出版社 1998 年版。
91. 刘作翔:《法律文化理论》,商务印书馆 2004 年版。
92. 武树臣:《武树臣法学文集》,中国政法大学出版社 2003 年版。
93. 韩延龙主编:《法律史论集》第四卷,法律出版社 2002 年版。
94. 沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社 2004 年版。
95. 杨一凡、刘笃才主编:《中国法制史考证》乙编第一卷,中国社会科学出版社 2000 年版。
96. 尹伊君:《社会变迁的法律解释》,商务印书馆 2004 年版。
97. 余英时:《中国思想传统的现代诠释》,江苏人民出版社 2004 年版。
98. 何勤华、王立民:《法律史研究》,中国方正出版社 2004 年版。
99. 李玉福:《秦汉制度史论》,山东大学出版社 2002 年版。
100. 马长山:《国家、市民社会与法治》,商务印书馆 2003 年版。
101. 崔永东:《中西法律文化比较》,北京大学出版社 2004 年版。
102. 陈戍路:《中国礼制史》,湖南教育出版社 1993 年版。
103. 于海:《西方社会思想史》,复旦大学出版社 1993 年版。
104. 牟博编:《中西哲学比较研究》,商务印书馆 2002 年版。
105. 周枏:《罗马法原论》,商务印书馆 1994 年版。
106. 江平、米健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社 2004 年版。
107.《马克思恩格斯选集》第一至四卷,人民出版社 1972 年版。
108.〔日〕大庭修:《汉简研究》,徐世虹译,广西师范大学出版社 2001 年版。
109.〔日〕穗积陈重:《法律进化论》,黄尊三等译,中国政法大学出版社 1997 年版。
110.〔日〕大木雅夫:《东西方的法观念比较》,华夏、战宪斌译,北京大学出

版社 2004 年版。
111.〔古罗马〕优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社 1999 年版。
112.〔爱尔兰〕J. M. KELLY:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社 2002 年版。
113.〔意〕朱塞佩・格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社 1994 年版。
114.〔美〕C. 莫里斯、D. 布迪:《中华帝国》,朱勇译,江苏人民出版社 2004 年版。
115.〔美〕梯利:《西方哲学史》,葛力译,商务印书馆 1995 年版。

［Ｇｅｎｅｒａｌ Ｉｎｆｏｒｍａｔｉｏｎ］
书名＝张家山汉简法律思想研究
作者＝
页数＝２１６
ＳＳ号＝１１９５１２０９
出版日期＝